

**UNIVERSIDAD DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



TESIS DOCTORAL

**Calificación jurisprudencial del sistema matrimonial español  
: (el término "profesar la religión católica" del artículo  
cuarenta y dos del Código Civil, en la jurisprudencia del  
Tribunal Supremo, en el período 1938-1977)**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Iván C. Ibán**

DIRECTOR:

**Alberto de la, dir Hera**

Madrid, 2015

54.459



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5328687567

TE

1828

CALIFICACION JURISPRUDENCIAL DEL SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL  
(EL TERMINO "PROFESAR LA RELIGION CATOLICA" DEL ARTICULO CUA  
RENTA Y DOS DEL CODIGO CIVIL, EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBU  
NAL SUPREMO, EN EL PERIODO 1.938-1.977)

... TESIS DOCTORAL



FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

CURSO ACADEMICO: 1.977-78

BIBLIOTECA  
DE DERECHO  
DIRECTOR: Alberto de la Hera

UTOR: Iván C. Ibán

INDICE -----	1
I - SISTEMAS MATRIMONIALES -----	4
A - Planteamiento del problema -----	5
a - Una aproximación a un primer concepto operativo de matrimonio -----	6
b - El matrimonio religioso como único matrimonio posible. Solución histórica -----	8
c - La creación de la figura "matrimonio civil",- como elemento clave en el proceso secularizador o como elemento necesario para la protección -	
x del Derecho Fundamental de libertad religiosa. ---	11
d - Matrimonio, canónico y matrimonio civil -----	19
e - Matrimonio civil versus matrimonio religioso: di- versos sistemas matrimoniales -----	22
1 - Cuadro teórico de los diversos sistemas -----	26
2 - Planteamiento del tema de la posible viola- ción del Derecho Fundamental a la libertad --- religiosa en los siguientes supuestos: -----	34
1'- Sistemas de matrimonio civil obligato- rio. -----	41
2'- Sistemas de matrimonio religioso obli- gatorio -----	44
3'- Sistemas en los que existe un matrimo- nio civil, pero junto a él se conceden efectos civiles sólo a algún o algunos matrimonios religiosos. El caso español --	44
B - Sistemas matrimoniales en Derecho comparado -----	48
a - Acotación del campo: Europa occidental y améri- ca, como países de nuestro ámbito jurídico-cul- tural -----	48
b - Soluciones legislativas vigentes -----	49
c - Escasa preocupación doctrinal por el tema -----	59
II - EL SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL -----	60
A - Desde sus orígenes hasta 1938 -----	61
a - La inexistencia del concepto de sistema matrimo- nial. La regulación del matrimonio en España has- ta 1870 -----	65
b - La primera ley moderna en materia de sistema ma- trimonial: Ley de 1870. Su desarrollo y deroga- ción. -----	83
c - La promulgación del Código Civil, y el estableci- miento de un sistema matrimonial mixto. El térmi- x no "profesar la religión católica", primera nor- mativa interpretadora del artículo 42. -----	105
d - La legislación como elemento calificador del sis- tema matrimonial de la II República española. El tema de la "derogación" del artículo 42 del Código Civil. Establecimiento de un sistema de matrimo- nio civil obligatorio.-----	138

x B - El sistema matrimonial español desde 1938 hasta nuestros días -----	152
xa - Planteamiento del problema; el término "Profesar la religión católica". -----	152
1 - Interpretación dada a dicho término por la Administración; las modificaciones legislativas. -----	155
2 - La Dirección General de los Registros y del Notariado y el término "profesar la religión católica". -----	247
3 - Calificación del sistema matrimonial en la práctica. -----	338
III- EL TRIBUNAL SUPREMO COMO UNICO ORGANO COMPETENTE PARA INTERPRETAR EL ARTICULO 42 DEL CODIGO CIVIL -----	342
a - El Tribunal Supremo como órgano competente para interpretar las leyes en el ordenamiento jurídico español vigente. Las misiones del T.S. -----	350
b - Ilegalidad de cualquier interpretación del artículo 42 realizada por órgano distinto del Tribunal Supremo. -----	375
x c - Formas de interpretación de la Ley. -----	385
d - La reforma del Código Civil de 1958; posible decisión del legislador de encomendas a la jurisprudencia la fijación del sistema matrimonial.-----	396
IV - LA INTERPRETACION DEL TERMINO "PROFESAR LA RELIGION CATOLICA" DEL ARTICULO 42 DEL CODIGO CIVIL -----	406
A - La jurisprudencia matrimonial desde 1938 hasta 1977. -----	408
B - Calificación jurisprudencia del Sistema matrimonial español. -----	440
a - Matrimonios contraidos durante la II República.-	443
b - Se plantea el problema del término "profesar" -- pero no se resuelve. -----	500
c - Se identifica el término "Profesar el catolicismo, con el hecho de ser católico.-----	520
d - El matrimonio civil en España y el hecho de estar bautizado.-----	542
e - Debe contraer matrimonio canónico aquél que practique la religión católica. -----	565
f - La declaración de apostasia, como requisito necesario para que los bautizados puedan contraer matrimonio civil. -----	591
g - Se sustituye el término "profesar la religión católica" por el de "no ser apostata", sin aclarar su contenido. -----	601
h - Validez de matrimonio civil celebrado en el extranjero, entre católico y miembro de otra confesión. -----	606
C - Conclusiones. -----	614



V - CONCLUSIONES GENERALES ----- 626

BIBLIOGRAFIA ----- 636

## I - SISTEMAS MATRIMONIALES

El objeto último de esta tesis, es determinar cual ha sido el sistema matrimonial vigente en España en un periodo de su historia.

Así pues es necesario delinear un concepto de sistema matrimonial, y es eso lo que se pretende hacer en este primer capítulo.

Se pretende enmarcar tal concepto desde dos ángulos: Uno teórico, otro en el espacio geográfico, a la primera tarea atiende - el apartado A) de este capítulo, y en el apartado B) acometeremos la segunda.

Logrado así un concepto de sistema matrimonial y visto en que medida es un concepto válido a nivel general (no solamente en España), estaremos en condiciones de atender al sistema matrimonial -- español.

#### A - Planteamiento del problema

Para definir un concepto a nivel teórico, es necesario delimitar previamente los elementos que lo componen. Es pues evidente que será necesario dar una definición de matrimonio y un concepto de esas dos manifestaciones de tal figura, que son el matrimonio - civil y el matrimonio religioso, y que son elementos esenciales en la configuración del concepto: Sistema matrimonial. Pero el concepto del matrimonio civil no puede ser comprendido, si no es analizán

dolo históricamente: desde una situación de inexistencia, pasa a existir y a desarrollarse progresivamente. Por ello, junto a un primer epígrafe destinado a dar un primer concepto de matrimonio (epígrafe a), se analizará en este apartado la situación de la regulación jurídica del matrimonio en las épocas de inexistencia -- del matrimonio civil (epígrafe b); todos estos elementos nos permitirán dar un concepto de matrimonio civil y de matrimonio canónico (pues de entre los religiosos, sólo en el nos vamos a fijar) (epígrafe d); y poniendo en relación ambos conceptos obtendremos un cuadro teórico, a partir de una definición, de los sistemas matrimoniales posibles (epígrafe e-1).

Una breve alusión a la relación entre sistemas matrimoniales y libertad religiosa pondrá fin a este apartado. (epígrafe e-2).

#### a - Una aproximación a un primer concepto operativo de matrimonio.

No es nuestra pretensión el dar aquí un concepto acabado de matrimonio. Paradójicamente en este trabajo sobre sistemas matrimoniales no es necesario dar un concepto preciso de tal institución. Lo único que pretendemos dar es un concepto marco en el que tengan cabida esas diversas realidades jurídicas que reciben el nombre de matrimonio en los sistemas legislativos más próximos al nuestro. Se pretenderá dar aquí un concepto de matrimonio en el que tengan cabida los matrimonios civiles de los diversos ordenamientos jurídicos estatales occidentales y el matrimonio canónico. Es a partir de dichas realidades como se puede construir un concepto de sistema matrimonial. Consideraremos matrimonio todo aquello

que sea considerado como tal por uno de esos ordenamientos: que cada uno de esos llamados matrimonios sea matrimonio auténticamente es otra cuestión en la que no corresponde entrar aquí. Por todo ello hablaremos de un concepto "operativo" de matrimonio, - de un concepto de matrimonio válido, por su amplitud, para diversos sistemas jurídicos positivos tanto estatales como el canónico.

La doctrina se ha preocupado de dar numerosas definiciones del matrimonio (1). Pero ninguna de ellas será útil a nuestros efectos, puesto que el concepto que aquí se pretende dar no tiene una pretensión de generalidad, sino aplicable a la configuración de un concepto concreto: sistema matrimonial.

En definitiva y a nuestros efectos, consideraremos que matrimonio es "la unión, surgida del consentimiento, de varón y mujer que sea reconocida como matrimonio por un ordenamiento jurídico - primario", o, más brevemente, "matrimonio es lo que el ordenamiento estatal o canónico considere que es tal"; poco importarán, pa-

---

(1) Citaremos aquí algunas de entre ellas, sin que ello suponga - preferencia por una u otra. "Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio", MODESTINO, D, 23,3,1. "Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum consuetudinem vitae continens", Inst. 1,9,1. Y de entre las más modernas "...Unión íntima y estable entre un hombre y una mujer, dirigida a la - generación y educación de la prole, a la ayuda mutua y a la - moderación natural de los impulsos sensuales (remedium concupiscentiae), mediante la integral espiritual de ambas personalidades y la satisfacción de los instintos sexuales", DELGUIDICE, Vincenzo, Nociones de Derecho Canónico, Traducción - de Pedro LOMBARDIA, Pamplona, 1.964, pág. 181; "...unión irrevocable de un hombre y una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida..." LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis. Derecho de Familia, I, Segunda edición, Barcelona, 1.974, pág. 23.

ra elaborar un concepto de sistema matrimonial, las finalidades o propiedades de tal institución, pues desde el concepto de sistema matrimonial deben ser considerados como matrimonios algunos que no lo són "naturalmente".

b - El matrimonio religioso como único matrimonio posible.

Solución histórica.

"Il est curieux de rechercher quelles étaient les formes du mariage... chez les peuples de l'antiquité; mais en l'absence de documents nombreux et précis, cette étude est pleine de périls - et d'obscurité..." (2); no es éste el momento de enfrentarse a esos peligros ni de iluminar tales obscuridades.

Como líneas generales puede afirmarse que es lugar común en la doctrina, el distinguir tres grandes períodos (nos referimos - al ámbito geográfico al que pretendemos circunscribir este apartado y sólo a los dos últimos milenios): en un primer período hay - un cierto desinterés, tal vez incapacidad, por legislar en materia matrimonial; se dió una progresiva intervención de la Iglesia católica con el fin de sacralizar determinadas costumbres populares (3), produciéndose algunos enfrentamientos con el poder civil, principalmente acerca de los matrimonios de conciencia. La Iglesia progresa en su influencia hasta que "la evolución estaba cumplida:

---

(2) GLASSON, Ernest, Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe, Deuxième édition, Paris, 1880, pág. 138.

(3) Puede verse algunos ejemplos en GONZALEZ, Jerónimo, Formas y ritos matrimoniales, "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario" Tomo, V, 1929, págs. 593-609, 683-691, 809-826 y 913-928.

el matrimonio no solo en su esencia y disciplina, sino también en su celebración, era un acto eclesiástico" (4). La segunda etapa - estaría marcada por un monopolio eclesiástico en la regulación matrimonial (5). El progresivo predominio del Derecho Canónico en este periodo se potencia con el Concilio de Trento, en el cual la Iglesia elabora una regulación completa y clara del matrimonio. - La tercera etapa, aún inconclusa, comenzaría en cada país en fecha distinta, con la decisión por parte del poder civil de regular el matrimonio; en unos con mayor fuerza (sistemas de matrimonio civil obligatorio), en otros con menor (regulando un matrimonio civil, pero conjuntamente concediendo efectos civiles al matrimonio canónico). Pero esto será objeto de estudio en el siguiente epígrafe.

La primera etapa de las señaladas plantea gravísimas dificultades para la determinación del sistema matrimonial imperante. No es fácil, sin un análisis profundo, el determinar cual es la clase de matrimonio que se contrae, aun a pesar de que las formas es ten claramente diferenciadas (piénsese, por ejemplo, en los matri monios canónicos en forma civil y en los matrimonios civiles en forma religiosa, figuras a las que se aludirá mas adelante en este trabajo). La dificultad es casi insuperable si las formas no aparecen claras, o ni siquiera existen. En el primer período señalado no se puede afirmar si el matrimonio es civil o lo es religiosa, si ambas figuras coexisten, si hay normas para contraer una

---

(4) GONZALEZ, Jerónimo, Formas y ritos..., cit, pág, 814.

(5) "Sabido es que durante la Edad Media la Iglesia alcanza pleno dominio sobre el sacramento del matrimonio...", DE FUENMAYOR, Amadeo, El matrimonio y el Concordato español, "Ius canonicum", Vol. III, Enero-diciembre 1963, pág. 274.

u otra, si, en definitiva, existe un sistema matrimonial.

La segunda etapa es calificada por la generalidad de la doctrina como de un sistema de matrimonio religiosos obligatorio -- ¿Es tal opinión exacta?. La respuesta a tal pregunta dependerá -- del concepto que de sistema matrimonial se tenga. A partir del -- concepto de sistema matrimonial que mas abajo se delinea, cree--mos que no se dan los requisitos necesarios que permitan hablar de sistema matrimonial. Es una opinión generalmente aceptada como válida (6) el considerar que el único matrimonio existente en esa época era el matrimonio canónico. Pero ello era consecuencia, no de una opción del legislador estatal, que frente a dos posibilidades se inclina por una de ellas, sino del hecho de la inexistencia de una posibilidad de opción. El poder civil no puede escoger entre matrimonio canónico y matrimonio civil por el sencillo motivo de que no hay matrimonio civil.

Dentro de la escasa claridad de este epígrafe (recuérdense -- las palabras con las que se abría) hemos pretendido que al menos una idea apunte con cierta claridad: cuando surge la figura del -- matrimonio civil, el legislador se encuentra frente a un panorama en el que, con las matizaciones que se quieran, la Iglesia es la -- única potestad que legisla en materia matrimonial. A una primera -- aproximación al por que esa "rebelión" triunfadora surge, irá destinado al siguiente epígrafe.

---

(6) Aludiremos a posturas contrarias a esta opinión, y con referencía a España, más abajo en: II - A - a.



c - La creación de la figura "matrimonio civil", como elemento clave en el proceso secularizador, o como elemento necesario para la protección del Derecho Fundamental de libertad religiosa.

El mismo método utilizado por la Iglesia para convertir al Derecho canónico en el único derecho regulador del matrimonio, -- fué utilizado más tarde por el poder civil. Si la Iglesia fué -- sacralizando progresivamente determinados ritos y costumbres, -- posteriormente el legislador fué secularizando diversos aspectos de la regulación matrimonial.

Pensamos que la institución del matrimonio civil surge en -- los diversos países como consecuencia de dos hechos: la necesidad de proteger al Derecho Fundamental a la libertad religiosa y, de otra parte, el caminar progresivo hacia una secularización de todos los aspectos en los que el poder civil se considera competente para legislar.

Dos ejemplos históricos permitirán, al menos parcialmente, -- avalar esta afirmación. Esos dos ejemplos son Francia y los Países Bajos. (7)

Analicemos, muy someramente, en primer lugar el caso francés, como dice GLASSON (8)... "C'est seulement à partir du seizième --

---

(7) A título meramente de ejemplo mencionamos, a continuación, algunas de las obras más accesibles en las que se analiza este -- proceso: GERPE GERPE, Manuel, La potestad del Estado en el matrimonio de cristianos y la noción contrato-sacramento, Salamanca, 1970, en especial págs: 128 y ss; REBUTTATI, Carlo, voz Matrimonio (Diritto civile), en "Nuovo Digesto italiano", Tomo VII, Torino 1939, nota (1) pág. 250; GLASSON, Ernest. Le mariage civil..., cit. en especial págs: 138 y ss; las obras referidas específicamente a España, y que son de mayor interés para -- nosotros, serán citadas más adelante.

siècle que l'autorité royale [en Francia] , pour affirmer son -- droit de réglementer le mariage, menacé par le concile de Trente, promulga d'assez nombreuses ordonnances, soit pour s'approprier -- les principes du droit canonique, soit pour les exclure". Se reco- gen en esta frase dos ideas expresadas por nosotros previamente:- en el Concilio de Trento como elemento fundamental en el monopo- lio normativo matrimonial canónico y el intento del poder civil -- de secularización de lo que previamente había sacralizado la Igle- sia.

El problema competencia estatal o competencia canónica en la regulación del matrimonio, se plantea, a partir de Trento, prime- ramente a nivel doctrinal (9). No comienza el enfrentamiento con -- una pretensión de tal desaparición de la figura del matrimonio ca- nónico, pero la formulación de la teoría de la separación entre -- contrato y sacramento daría los instrumentos teóricos al poder ci- vil para, en un primer estado regular la figura del matrimonio ci- vil, y como posterior paso la monopolización de la regulación ma- trimonial.

La fecha clave, en Francia, en la que comienza el proceso se- cularizador del matrimonio, puede decirse que es la de 1579. En -- efecto, en tal año se promulga la ordenanza de Blois. Comentando --

---

(8) GLASSON, Ernest, Le mariage civil..., cit, pág. 227.

(9) "Sous l'influence du concile de Trente et des prescriptions de nos rois, une grave e longue controverse s'éleva entre les ca- nonistes et les jurisconsultes. Les canonistes revendiquèrent le mariage comme sacrement et contrat indivisible: les juris- consultes sou tinrent l'autorité temporelle, réclamant pour -- elle le droit de réglementer le mariage, contrat civil, base -- de la famille et de la société..." GLASSON, Ernest, Le mariage civil..., cit, pág. 231.

tal ordenanza GLASSON afirma: "Depuis l'ordonnance de Blois qui imposa la célébration à l'église, par le curé de la paroisse de l'un des deux époux, devant quatre témoins, l'acte religieux devint en même temps un acte civil. Les curés eurent le pouvoir de refuser la célébration des mariages pour lesquels il existait -- des empêchements canoniques, sauf le droit, pour les parties, -- de porter l'affaire devant l'official et en appel devant le métropolitain, ou, en cas d'abus, devant le parlement. Mais d'un autre côté, les curés, en célébrant les mariages, n'étaient-ils pas considérés comme des délégués du pouvoir civil?... (10). El contestar afirmativamente a la pregunta, tal vez, sea exagerado; pero, al menos, es posible planteársela por primera vez (11).

Quedaría así señalada una primera vía de secularización matrimonial, vía que se retomaría más tarde con la Revolución.

Pero aún queda otro elemento que apoya la aparición de la figura del matrimonio civil; nos referimos a la necesidad de proteger el Derecho Fundamental a la libertad religiosa. Los protestantes franceses, para lograr el estado civil de casados, hasta bien entrado el siglo XVIII, debían de recurrir al ministro católico, lo que implica la abjuración de su fé. Vino a poner remedio a tal

---

(10) GLASSON, Ernest, Le mariage civil..., cit, págs 237 y 238.

(11) (Existen afirmaciones doctrinales que no permitirían sustentar esta opinión, las consideramos, parcialmente inexactas, así por ejemplo "...In France there was... [una] reason for Protestant ideas to displace the canon law of marriage. The French jurist of the sixteenth century... explicitly recognized the continuing vitality of the canon law of marriage". ENGDAHL, David E. The canonical and metaphysical background of the classic dutch marriage conflicts rule" Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht", JRG. XV, 1968, AFL. 1, - págs, 43 y 44.

situación un edicto de Luis XVI de 18 de noviembre de 1787, en virtud del cual determinados oficiales de justicia pasan a ser tenedores de las actas del estado civil de los protestantes. A este propósito GLASSON recuerda: "Il est important de retenir que, dans la célébration des mariages et pour la tenue des registres de l'état civil, le clergé était, dans le dernier état de notre ancien droit, un simple mandataire du pouvoir civil. En retirant au clergé toute immixtion dans les actes de l'état civil, le pouvoir temporel - n'a fait qu'user du droit reconnu á tout mandant de révoquer son mandat". (12). En cualquier caso, supone un paso más en el proceso.

Así pues en un primer momento el poder civil francés, a través de las ordenanzas de Blois, pasa a regular el matrimonio: bajo la apariencia de una potenciación de la importancia de la Iglesia en la formación del matrimonio (el matrimonio debe celebrarse en una iglesia, y ante un ministro de culto católico), se oculta una disminución de las atribuciones eclesiásticas en la materia (el ministro católico aparece como un delegado del poder civil). Afir-mar que con las ordenanzas de Blois se introduce en Francia un sistema de matrimonio civil con forma canónica, tal vez, sea inexacto; pero al menos la duda se plantea, lo que ya es mucho. En un segundo momento, el poder estatal pretende resolver un problema relativo a la libertad de la religión, y la solución que da el edicto de 1787 consiste en transferir unas funciones algo más que registrales, del sacerdote de la Iglesia Católica, a un oficial de la justicia secular.

---

(12) GLASSON, Ernest, Le mariage civil..., cit, pág. 247.

El siguiente paso en la evolución secularizadora se daría con la Revolución. El artículo 7º de la constitución de 1791 decía "La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés et il désignera les officiers publics qui en recevront les actes". Se puede observar en éste artículo los dos aspectos -- señalados como elementos que influyen en la regulación civil del matrimonio. En la primera frase la secularización del matrimonio -- en si misma. En la segunda parte, bajo la apariencia de un mero interés registral, la necesidad de una regulación idéntica de todo -- matrimonio"...,"pour tous`les habitants, sans distinction...", para lograr la igualdad religiosa.

Parece ser que antes de esperar el desarrollo en la legislación ordinaria del principio constitucional, se aplicó el texto del precepto constitucional, dando lugar a importantes abusos; celebrándose matrimonios ante funcionarios públicos, e incluso hujieres --- (13). El desarrollo del precepto constitucional se hizo mediante -- la ley de 20 de septiembre de 1792 ley en cuya elaboración triunfaron los principios políticos sobre jurídicos, haciéndose necesaria una posterior modificación; el caso más llamativo es, tal vez, el -- de la regulación del divorcio, ya que los abusos a que tal regulación dió lugar, obligaron a que sucesivas normas establecieran limitaciones (14). El tema del divorcio queda lo suficientemente apartado de nuestro trabajo, como para eximirnos de cualquier ulterior --

---

(13) Vid. GLASSON, Ernest, Le mariage civil..., cit, pág, 253.

(14) Entre otras: las de 8 nevoso del año II, 4 floreal año II, -- 24 vendimioso año III y 15 termidor año III.

comentario.

El siguiente estadio en la legislación matrimonial francesa sería el proceso codificador, Poco afecta a nuestra tesis pues - el problema ya se ha planteado, el matrimonio civil ya existe, - hay ya un sistema matrimonial en Francia.

Ya hemos dicho que, junto a Francia, los Países Bajos son, - un claro ejemplo en el proceso secularizador del matrimonio. En - este país pesa más la necesidad de proteger la libertad religiosa en tal proceso que en Francia.

El hecho cierto es que una Ordenanza política de 1 de abril de 1580 introduce la figura del matrimonio civil. No hemos podido manejar el texto de tal disposición (15), y el tenor exacto de la misma no puede deducirse de las referencias doctrinales. - REBUTTATI dice únicamente: "In Olanda l'editto del 1580 ammise, - però solo facoltativamente il matrimonio civile..." (16), por su parte GERPE dice simplemente: "En Holanda hemos visto a los católicos -a través de las cartas de Benedicto XIV- sometidos al matrimonio civil; pero había sido impuesto por las autoridades calvinistas. Estas, en efecto, por la ley de 1 de abril de 1580, abli- garon a todos los cristianos que no perteneciesen a la Iglesia cal- vinista a contraer sus matrimonios o ante un ministro calvinista - o ante un magistrado civil, y así el matrimonio civil resultaba pa

---

(15) Existe una edición inglesa en: I Maasdorp, Institutes of -- South African Law, App. I, 6th ed, 1936.

(16) REBUTTATI, Carlo, voz. Matrimonio... cit, nota, Ipág 250.

ra los católicos obligatorio" (17). En el mismo sentido FUENMAYOR dice: "...la ley holandesa de 1 de abril de 1580, que establece - el primer atisbo de matrimonio civil, al disponer que los católicos y otros disidentes de la secta calvinista se hallaban obligados a contraer matrimonio, bajo pena de nulidad, bien ante el ministro calvinista o ante el magistrado civil" (18). Y por último ENGDAHL afirma: "The prototype of Dutch marriage legislation was the Political Ordinance of Holland enacted in 1580, al most fifteen months before the formal repudiation of the United Netherlands ties with Spain, and Several decades before Spain was to recognize Dutch independence the most revolutionary feature of this ordinance was it presumed to deal with the essence of marriage as a matter susceptible of regulation by the secular law. But there were - a number of significant changes in the substantive rules, too, a few of wich requiere our notice here. .

Marriages were to be performed publicly, either by a civil magistrate according to the forms prescribed for that purpose by the provinces, or by a minister of religion according to the form in the churches; an if persons come together without such civil or religious forms, not only were they to be heavily punished, but their "mariage" was declared by the Political Ordinance to be void..." -- (19).

Las afirmaciones de REBUTTATI y de GERPE, en apariencias contradictorias no lo son efectivamente. Para REBUTTATI es un sistema

---

(17) GERPE GERPE, Manuel. La potestad..., cit, pág. 129.

(18) DE FUENMAYOR, Amadeo, El matrimonio..., cit, pág. 276.

(19) ENGDAHL, David E., The canonical..., cit, págs. 53 y 54.

de matrimonio civil facultativo ya que se puede elegir entre dos tipos de matrimonio. GERPE considera que para los católicos es un sistema de matrimonio civil obligatorio, ya que el poder civil sólo reconoce efectos civiles al matrimonio ante funcionario civil, o ante ministro calvinista, y es lógico que el católico no acuda ante el ministro calvinista. Así pues, ambos autores sostienen la misma postura acerca del sistema matrimonial.

ENGDAHL no alude específicamente al sistema matrimonial, señala como aspecto más revolucionario la consideración de la esencia del matrimonio como un elemento susceptible de ser regulado por el poder civil, y más adelante señala que la forma podría ser civil, o "...ante un ministro de religión de acuerdo con la forma en uso en la iglesia...". Dos preguntas aparecen como importantes. ¿Estamos ante un supuesto de matrimonio civil en forma, alternativamente, religiosa o civil? ¿Cuando ENGDAHL habla de "...for in use in the churches...", se refiere a las distintas confesiones religiosas, o a las diferentes rituales entre templos calvinistas?. Difícil respuesta tienen ambas preguntas, de las contestaciones que se den a ambas dependerá la configuración del sistema matrimonial holandés en el XVI.

No importa tanto señalar el sistema matrimonial vigente en aquella época, como el constatar dos hechos: 1- el matrimonio civil aparece. 2- la aparición del matrimonio civil es consecuencia, en gran medida, de la necesidad de proteger el derecho a la libertad religiosa (20).

---

(20) Debemos renunciar a cualquier consideración de este punto. La realidad de unos enfrentamientos religiosos en Holanda no es discutible. Que la regulación del matrimonio en 1580 consiguiese algo es otro tema. Para una descripción de tal situa--



No hemos pretendido aquí estudiar la historia del sistema matrimonial en Francia y los Países Bajos. Solamente hemos querido señalar que a partir de una situación histórica concreta: - monopolio eclesiástico de la regulación matrimonial, se llega - a otra distinta: aparición del matrimonio civil y en el límite exclusiva regulación por el poder civil del matrimonio. Y así - mismo señalar dos causas de tal evolución: en general proceso se cularizador (ordenanza de Blois) y la protección ala libertad re ligiosa (Edicto de Luis XVI, y Ordenanza Política Holandesa).

d- Matrimonio canónico y matrimonio civil.

Definido el matrimonio (repetimos que se trata de una defini ción parcial, encaminada a poder elaborar un concepto de sistema matrimonial), y expuesta muy sucintamente una realidad histórica, pretendemos ahora distinguir esos dos tipos de matrimonio, cuya - coexistencia dará lugar a la aparición del sistema matrimonial.

Todo lo que aquí se diga con referencia al matrimonio canóni- co podrá ser aplicado a los restantes matrimonios religiosos. La - elección del matrimonio canónico de entre todos los religiosos se debe a razones históricas y de presente; históricas pues es el ma trimonio canónico el que primero entra en tensión junto al civil; de presente pues en España, que es el ámbito al que este trabajo, en último extremo, se va a circunscribir, sólo el matrimonio canó nico tiene carta de naturaleza en el ordenamiento civil, con exclu sión de los demás matrimonios religiosos.

---

ción puede verse LECRER, Joseph, Histoire de la Tolerance au siècle de la Réforme, Tome second, 1955, págs. 161-256.

Para la separación de los matrimonios en dos grupos: civiles y canónicos, podemos atenernos a dos criterios: clase de matrimonio o forma del matrimonio.

Sin una pretensión de exhaustividad, entenderemos por forma el conjunto de solemnidades externas necesarias para que surja - el vínculo matrimonial.

Estaremos ante un matrimonio en forma canónica si se siguen las disposiciones canónicas en cuanto a las solemnidades esenciales para que surja el vínculo. Por el contrario, el matrimonio - será en forma civil si es el ordenamiento civil el que ha fijado las actividades externas que hacen surgir el vínculo. Desde este punto de distinción entre forma canónica y forma civil del matrimonio es sencilla; en la actualidad podría centrarse en el hecho de la presencia en la celebración de un ministro de culto católico (ordinariamente párroco y obispo), o de un funcionario público o autoridad estatal (Juez Municipal en España, Alcalde de la República Francesa).

Con respecto a la clase, consideraremos que un matrimonio es de clase canónica, cuando el ordenamiento canónico considera, directamente, que allí hay matrimonio; empleamos la palabra "directamente" para indicar que no se incluirán aquellos supuestos en - los que el ordenamiento canónico reconoce que hay matrimonio, por que previamente así lo reconoció un ordenamiento distinto, al que el ordenamiento canónico considera capaz de reconocerlo. Más resumidamente, un matrimonio será de clase canónica cuando la fuerza de ser matrimonio le es reconocida originariamente, y no por vía de remisión, por el ordenamiento canónico. Un matrimonio será de

clase civil cuando el vínculo surge por un reconocimiento originario del matrimonio por el ordenamiento civil, independientemente - de la actitud tomada por el ordenamiento <sup>canónico</sup> ante tal matrimonio.

Se comprenderá que, de atender al criterio de la clase, será mucho más complejo determinar cuando estamos ante un matrimonio civil y cuando ante uno canónico.

Si forma y clase fuesen indisolublemente unidas, no habría problemas en determinar cuando nos encontramos ante un matrimonio civil y cuando ante uno canónico.

En efecto bastaría constatar la forma en que se celebró (tarea sencilla), y según la forma en que se celebrase el matrimonio sería ora civil, ora canónico. Pero ocurre que no es así. Ocurre que hay matrimonios canónicos en forma civil (21), y matrimonios civiles en forma canónica (22). Así pues el criterio de la forma no puede ser aceptado.

Será pues necesario para determinar cuando el matrimonio es canónico y cuando civil, acudir a determinar su clase, analizando cada caso concreto.

Quedaría así rechazado, por inexacto, el criterio que distinguiese entre matrimonio civil y matrimonio canónico atendiendo a las meras apariencias formales. Y señalado el criterio correcto.

---

(21) Serán los supuestos, por ejemplo, de los canones 1098 y 1099 del C.J.C.

(22) Sería el caso de la ordenanza de Blois, de aceptarse nuestra interpretación. Y en la actualidad el caso de los Estados Unidos de América. (Vid. Infra: I - 8 - b) también en el caso de considerarse correcta nuestra interpretación.

e - Matrimonio civil versus, matrimonio religioso: diversos sistemas matrimoniales.

No existe un concepto unívoco de sistema matrimonial. La doctrina ha dado diversos conceptos de sistema matrimonial (23), algunos autores dan el concepto por sabido y no lo definen, pasando

- 
- (23) BERNANDEZ afirma: "En la doctrina civilística se denominan -- sistemas matrimoniales a las distintas fórmulas que se han --- adoptado por los legisladores estatales para conjugar la viabilidad y eficacia civil de los matrimonios contraídos en forma distinta de la regulada por el propio ordenamiento, o lo -- que viene a ser equivalente, al grado de obligatoriedad con -- que se exige el matrimonio civil en relación con otras formas posibles de celebración". Catedráticos de Derecho Canónico de Universidades Españolas, Derecho Canónico, Volumen II, Pamplona, 1974 pág. 433; NAVARRO por su parte define tal concepto -- como "...el criterio con que cada ordenamiento civil regula -- la institución matrimonial teniendo en cuenta el evidente dato de la existencia de unas precisas convicciones religiosas en buena parte de los ciudadanos, que les lleva a valorar en gran medida el conjunto de reglas jurídicas, que estructuran el matrimonio confesional, tal y como lo concibe la religión o confesión religiosa a la que puedan estar adscritos" VARIOS, Derecho Canónico, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1.976, págs X-5 y X-6; ESPIN no define directamente el concepto, pero alude a él con las siguientes palabras "...diversa posición que el Estado puede asumir de hecho frente -- a la confesión practicada por sus súbditos, en orden a la regulación del matrimonio..." ESPIN, Diego, Manual de Derecho -- Civil Español, Vol, IV, Familia, Tercera edición Madrid, 1972 pág. 21; LACRUZ prefiere una definición más breve: "...diversos criterios adoptados por las legislaciones en cuanto a la forma de celebración [de matrimonio] civilmente eficaz..." --- LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBUDILLA, Francisco de -- Asís, Derecho de Familia, cit, pág, 28; CASTAN resume la opinión de nuestra doctrina científica "con estas palabras": "...distintos criterios que establecen las legislaciones respecto a la forma que ha de revestir la celebración del matrimonio -- para que éste obtenga su eficacia jurídica". CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo quinto, Derecho de Familia, Volumen primero, Relaciones Conyugales, Novena edición, Madrid, 1976, pág, 115. Esta lista podía extenderse "ad infinitum" pero sin que con ello se lograra alcanzar -- un concepto plenamente válido.

a utilizarlo directamente. Creemos que es menester dar aquí un - concepto de sistema matrimonial. Si la pretensión última de este trabajo es definir el sistema matrimonial vigente de derecho en - nuestra reciente historia, lo primero que habrá que hacer es de-- finir cual es el concepto de sistema matrimonial.

Cualquier definición en una ciencia no natural -y aún en las naturales- carece de valor en si misma; cualquier definición es - exacta "e inexacta" a un mismo tiempo. Todo dependerá de la pers- pectiva desde la que se mire; todo dependerá de los parámetros que se empleen. Podría darse una -y mil- definiciones de sistema matri<sup>u</sup> monial, original o refundición de anteriores, de nada serviría si no se explicasen los elementos conformadores de la misma.

Veamos cuales son los elementos que deben de existir para ha- blar de sistema matrimonial.

Debe de existir el matrimonio como institución suprajurídica, o más bien, prejurídica. Un breve apunte de tal concepto se dió -- más arriba.

Junto a la existencia de la institución, fuera del Derecho, - debe de existir una asunción de tal concepto por un ordenamiento - jurídico. Debe de existir una tipificación (valga la palabra) jurí<sup>u</sup> dica de tal institución.

No bastaría con ello. El concepto de sistema matrimonial lle- va implícito una posibilidad de elección (de elección por parte del propio ordenamiento) entre diversas regulaciones. Tiene que haber - pués, dos regulaciones diversas del matrimonio.

Tales regulaciones diversas deben proceder de ordenamientos jurídicos primarios, o de ordenamientos jurídicos secundarios que reciban la potestad de regular tal institución de uno primario -- (24).

Los ordenamientos deben regular efectivamente la institución, o, al menos, tener la capacidad de regularla.

Existiendo esa doble regulación de una misma realidad, uno --al menos-- de los ordenamientos reguladores debe ser consciente de la existencia del otro y de que regula el matrimonio.

Y por último, ese ordenamiento, que regula el matrimonio, y --que es sabedor que hay otro ordenamiento que lo regula también tiene que tener la capacidad de admitir o de rechazar la regulación del ordenamiento ajeno. Y aquél no debe de renunciar a su competencia reguladora.

Dados los elementos en un plano general tratemos de acercarlos a la práctica:

- 1 - El matrimonio existe.
- 2 - El matrimonio es objeto de regulación jurídica.
- 3 - El matrimonio es objeto de diversas regulaciones jurídicas.
- 4 - El matrimonio es objeto de regulación jurídica por diversos ordenamientos jurídicos primarios:

---

(24) Para los conceptos de ordenamiento jurídico primario y ordenamiento jurídico secundario, Vid. ROMANO, Santi, L'ordinamento Giuridico, III edizione, Firenze, 1977.

a) Los estatales.

b) Los religiosos.

5 - La regulación jurídica: estatal o confesional, del matrimonio, regula todos sus aspectos dentro de su propio ámbito.

6 - Los ordenamientos jurídicos estatales son -o han sido- conscientes de una regulación jurídica del matrimonio por parte de otros ordenamientos,

7 - Los ordenamientos estatales rechazan o admiten otras regulaciones del matrimonio, sin limitaciones jurídicas. Y algunos ordenamientos, independientemente de tal rechazo, se siguen considerando competentes para legislar sobre la materia.

Se configuraría así el concepto de sistema matrimonial como - una consecuencia del enfrentamiento dinámico de dos potestades jurídicas sobre la regulación del matrimonio. Pero concretemos más.

El enfrentamiento de ordenamientos estatales no configuraría un sistema matrimonial, en el alcance que aquí se pretende dar, - los enfrentamientos entre tales regulaciones se mueven en un ámbito distinto: el del Derecho Internacional Privado, y la regla general es que la excepción sea la concurrencia de dos ordenamientos en una misma relación conyugal. El enfrentamiento de dos ordenamientos confesionales, y los propios ordenamientos tratan de solucio--narlos (25), tampoco sería el caso paradigmático de sistema matri-

---

(25) Vid, por ejemplo los cánones 1060 y 1070 del C.J.C. en relación con los cánones relativos a la dispensa de impedimentos y el canon 1099.

monial.

Cuando el enfrentamiento recoge todas las notas antes enumeradas, con plena claridad, es en los supuestos de ordenamientos -- estatales versus ordenamientos religiosos y es cuando afecta a un amplio número de súbditos del ordenamiento estatal.

Si queremos circunscribir el problema al ámbito en que se desarrolla el ordenamiento español, tendríamos que considerar de una parte los ordenamientos estatales de origen romano-canónico, y de otra el ordenamiento canónico.

Con estos elementos podríamos aventuarnos a dar un concepto de sistema matrimonial. Sistema matrimonial es: La plasmación, en el ordenamiento jurídico estatal, de la resultante de la acción -- diversa de dos fuerzas en tensión, reguladoras de una misma realidad social, siendo tales fuerzas el matrimonio canónico y el matrimonio civil, existiendo ambas, siendo tal realidad social el matrimonio, y siendo el ordenamiento estatal el que inclinaría decisivamente tal resultante. O más simplifícadamente: el reconocimiento -- por el ordenamiento estatal de la resultante de dos fuerzas en tensión: matrimonio civil y matrimonio canónico.

#### 1. Cuadro teórico de los diversos sistemas.

Es un hecho que el legislador estatal ha adoptado diversas -- actitudes frente al matrimonio canónico, dependiendo del lugar -- temporal o geográfico. Tal diversidad de actitudes ha dado lugar a la existencia de diversos sistemas matrimoniales. Pero desde -- nuestro concepto de sistema matrimonial, para poder hablar de sistema matrimonial es necesario que exista el matrimonio religioso--



y el matrimonio civil. Esta afirmación parecerá innecesaria, pero pronto se verá que no es así; bastará para ello con recordar las continuas alusiones por parte de la doctrina al establecimiento de un sistema de matrimonio religioso obligatorio mediante la Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1.564, para admitir que no es una aclaración supérflua. En 1.564 en España no se puede -- hablar de sistema matrimonial, según nuestro concepto del mismo, -- por el sencillo motivo de que no existe, ni se vislumbra, un matrimonio civil. Los primeros atisbos de matrimonio civil vendrían más tarde en Holanda (26), y en España mucho más adelante bien entrado el XIX (27); sólo entonces el legislador, tiene la opción de adoptar uno y otro sistema matrimonial. Hechas estas aclaraciones entremos en la clasificación de los diversos sistemas matrimoniales.

Las clasificaciones doctrinales son numerosísimas, (28) la más frecuente:

---

(26) Vid Supra I - A - c

(27) Vid infra II - A

(28) Vid. p. ejemp: PRADER, Giuseppe, Il matrimonio nel mondo, - celebrazione, nullita e scioglimento del vincolo, Padova, 1970 págs 9 y ss; Catedráticos de Derecho Canónico de Universidades Españolas, Derecho Canónico, cit, págs 433 y 434; VARIOS, Derecho canónico, cit, págs X-5 y ss.; LACRUZ BERDEJO, José - Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis. Derecho..., cit, - págs. 28 y 29 CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho..., cit, Tomo V, - pág 115 y ss.; ESPIN, Diego. Manual..., cit, págs 27 y ss. --

- 1- Sistemas de matrimonio civil obligatorio
- 2-     "     "     "             canónico facultativo
- 3-     "     "     "             "     subsidiario
- 4-     "     "     "             "     obligatorio

Delinearemos una aquí que en poco se apartará de esta. No hay ninguna pretensión de originalidad en ello. Y sí sólo la - pretensión de ajustar tal clasificación al concepto dado.

Pensamos que cabría hacer dos grandes grupos:

- a- Sistemas matrimoniales unitarios
- b- Sistemas matrimoniales mixtos.

a- Sistemas matrimoniales unitarios.  
.....

Seguirán este sistema aquellas legislaciones estatales que, conocedoras de la existencia de diversas regulaciones matrimoniales -y esto es un presupuesto conceptual-, sólo reconocen una de ellas. Sólo conceden efectos civiles a una clase-forma de matrimonio. Dos posibilidades se encierran en este grupo -dentro del ámbito antes delineado-:

- a'- Sistemas de matrimonio canónico obligatorio.
- b'- Sistemas de matrimonio civil obligatorio.
  
- a'- Sistemas de matrimonio canónico obligatorio

Estaremos ante un sistema de este tipo, cuando el ordenamiento estatal sólo concede efectos civiles al matrimonio canónico --

(coincidiría con 4 de la anterior clasificación).

b'- Sistemas de matrimonio civil obligatorio

El legislador estatal desconoce el ordenamiento canónico a efectos de regulación del matrimonio, y es consciente de ello - (coincidiría con 1 de la clasificación tradicional).

b - Sistemas matrimoniales mixtos  
.....

Encajarían en este grupo todos aquellos ordenamientos estatales en los que tanto el matrimonio canónico, como el civil, tienen plenos efectos civiles.

Así como en los anteriores sistemas los criterios clasificatorios eran claros, aquí, por el contrario, no lo son. El criterio habitualmente empleado para establecer diversas subclasificaciones dentro de los sistemas mixtos es atender a la existencia o inexistencia de dificultades para acceder a una o a otra clase de matrimonio. Seguiremos tal criterio. Ello nos permite distinguir dos grupos de sistemas matrimoniales mixtos.

a'- Sistemas igualitarios.

b'- Sistemas discriminatorios.

a'- Sistemas igualitarios.

Tendrán tal consideración aquellos sistemas en los que el ordenamiento, reconociendo efectos civiles al matrimonio canónico y al matrimonio civil, de plena libertad a sus súbditos para

contraer uno u otro. El ordenamiento se limitará a reconocer plenos efectos civiles al matrimonio canónico y regular uno civil, -- pero nada dirá acerca de quien tiene que contraerlo canónico y -- quien civil. (Aparentemente coincidiría esta categoría con la de sistema de matrimonio facultativo, ello no sería exacto en el concepto que de tal sistema tienen algunos autores, estimemos que -- para hablar de sistemas igualitarios es necesario que en ningún -- lugar del ordenamiento aparezca la más mínima alusión a cualquier condición que obligue a un súbdito a contraer una determinada forma de matrimonio. Mientras que algunos autores consideran que el sistema es facultativo si tales requisitos son mínimos.)

b'- Sistemas discriminatorios.

Entenderemos que nos encontramos ante un sistema de este tipo cuando el ordenamiento estatal reconoce efectos civiles al matrimonio canónico y regula un matrimonio civil, pero no permite a todos sus súbditos que contraigan uno u otro indistintamente. A nivel meramente teórico cabría distinguir tres subgrupos.

a''- Plena libertad para contraer matrimonio canónico y limitaciones para contraerlo civil.

b''- Plena libertad para contraer matrimonio civil y limitaciones para contraerlo canónico.

c''- Sistemas discriminatorios bilaterales.

a'''- Plena libertad para contraer matrimonio canónico y limitaciones para contraerlo civil.

Sería éste aquél sistema en que todo súbdito del ordenamien-

to podría contraer matrimonio canónico y sólo una parte de ellos podría contraerlo civil. En apariencia éste sistema coincidiría con lo que generalmente se conoce como sistema de matrimonio civil subsidiario, pero tal apreciación sería inexacta. Este sistema matrimonial no podría darse plenamente en la práctica, y -- no podría darse en la práctica por el sencillo motivo de que, -- aunque el ordenamiento estatal así lo indique, sólo el ordena-- miento canónico puede determinar a quien admite y a quien no al matrimonio canónico. Y es un hecho que él ordenamiento canónico no admite a su matrimonio a cualquier súbdito del ordenamiento -- estatal, v.g., matrimonio entre no bautizados. Sin embargo, te-- niendo en cuenta que estamos analizando este desde la perspectiva del ordenamiento estatal, cabría decir que nos encontramos -- ante tal sistema siempre que el ordenamiento estatal de plena -- libertad para contraer matrimonio canónico, independientemente de que luego el ordenamiento canónico admita o no al matrimonio (Es bien cierto que a esto se puede replicar que los ordenamientos jurídicos que reconocen eficacia civil al matrimonio canónico generalmente hacen suyo el Derecho matrimonial canónico, y -- por lo tanto la no admisión canónica al matrimonio, es simultá-- neamente una no admisión civil.)

b''- Plena libertad para contraer matrimonio civil y limitaciones para contraerlo canónico.

Propiamente este sería lo que comunmente se llama sistema -- facultativo, al que nosotros hemos llamado sistemas igualitarios ya que todos los súbditos tendrán acceso al matrimonio civil y -- sólo lo tendrán acceso al canónico aquellos a quienes admita el

propio ordenamiento canónico. Pero siguiendo el mismo razonamiento que anteriormente: teniendo solo en cuenta la posición del ordenamiento estatal; cabría decir que este supuesto es meramente teórico; al menos no conocemos ningún sistema que autorice el matrimonio civil a todos sus súbditos y establezca prohibiciones a alguno de los súbditos para acceder al canónico.

c''- Sistemas discriminatorios bilaterales.

Consideramos que un sistema es tal cuando los súbditos del ordenamiento estatal quedan divididos en dos grupos incommunicables, los pertenecientes a uno de tales grupos vendrían obligados a contraer matrimonio canónico, los del otro al civil. No es tampoco una solución adoptada en la práctica, tal vez la más -- próxima es la adoptada en Holanda en 1580. "Nei paesi cattolici una specie di m.c venne da prima introdotto in Olanda e nella Frisia occidentale nel 1580 per motivi di tolleranza e come facoltativo per i riformatori, obbligatorio invece per i dissidenti..." (29); que en cualquier caso sería más correcto situar en b''.

El sistema discriminatorio bilateral puro, no es en realidad otra cosa que un sistema simultáneamente de matrimonio civil obligatorio y de matrimonio canónico obligatorio. Lo que ocurre es que cada uno de tales sistemas, por separado, no se proyecta sobre todos los súbditos de un ordenamiento estatal, sino que --

---

(29) PALAZZINI, Pietro, voz. Matrimonio civile en "Enciclopedia Cattolica", Vol. VIII, Città del Vaticano, s.f., pág. 477.- También Vid. supra I-A-C.

cada uno de ellos se proyecta sobre un sector, solamente un sector, de la población nacional, cubriendo entre ambos su totalidad.

Quedaría así delineado el siguiente esquema teórico de sistemas matrimoniales:

a - Sistemas matrimoniales unitarios

a'-Sistemas de matrimonio canónico obligatorio

b'-Sistemas de matrimonio civil obligatorio.

b - Sistemas matrimoniales mixtos.

a'-Sistemas igualitarios

b'-Sistemas discriminatorios

a''-Sistemas de plena libertad para contraer matrimonio -  
canónico y limitaciones para contraerlo civil.

b''-Plena libertad para contraer matrimonio civil y limitaciones para contraerlo canónico.

c''-Sistemas discriminatorios bilaterales.

Serían éstos los sistemas matrimoniales puros. Es bien sabido que pocas veces la realidad jurídica -viva- se ajusta a la rigidez -- esquemática de los conceptos puros. Ello ha hecho que la doctrina haya creado categorías intermedias dentro del esquema tradicional: cuasifacultativo (NAVARRO), cuasisubsubsidiario (BERNARDEZ).

Poco importa en cualquier caso, el etiquetar un sistema matrimonial, o cualquier otra realidad jurídica, lo importante es descubrir su real contenido, independientemente de su denominación. Eso se hará más adelante referido a un concreto sistema -

matrimonial: el español.

Tal vez se considere sorprendente que una vez delineada esta clasificación, no se empleen en el resto del trabajo los conceptos aquí definidos con exclusividad. Será frecuente la utilización de la terminología tradicional (sistemas matrimoniales -- obligatorios, subsidiario y facultativo), dos motivos hay para ello: de una parte esa terminología es aceptada prácticamente por la generalidad de la doctrina, es prácticamente la única terminología utilizada; de otra parte la clasificación por nosotros propuesta adolece de una evidente rigidez, que impediría clasificaciones exactas de sistemas matrimoniales poco concretos, vacilantes, y tal es el caso, en buena medida, del sistema matrimonial-español.

Como punto de referencia creemos que el sistema matrimonial español configurado en el artº 42 del Código Civil podría clasificarse --a nivel teórico-- como sistema discriminatorio bilateral. En su párrafo segundo señala que aquellos que "profesan la religión católica" deberán contraer matrimonio canónico, y es en el tercero en el que afirma que sólo podrán contraer matrimonio civil, aquellos que no profesen la religión católica. Así pues el artículo 42 del Código Civil, divide a la población española en dos grupos los que sólo pueden contraer matrimonio canónico y -- los que sólo lo pueden contraer civil, siendo la "profesión" -- el elemento diferenciador. Sobre ello se volverá con mayor detenimiento a lo largo de estas páginas.

2. Planteamiento del tema de la posible violación del Derecho -- Fundamental a la libertad religiosa en los siguientes supues--  
tos:



1'-Sistemas de matrimonio civil obligatorio.

2'-Sistemas de matrimonio religioso obligatorio

3'-Sistemas en los que existe un matrimonio civil, pero  
junto a él se conceden efectos civiles solo a algún o  
algunos matrimonios religiosos. El caso español.

Es un hecho evidente que la regulación jurídica del matrimonio incide directamente en el tema de la libertad religiosa - considerada como Derecho Fundamental.

Entrar en la definición y conceptualización de lo que los Derechos Fundamentales son, y en el análisis de la libertad religiosa como uno de ellos; sería tarea suficiente como para la realización de una tesis distinta de la que aquí se pretende hacer. Dar una definición de libertad religiosa y no entrar en su contenido no solventaría el problema, preferimos pues no dar ninguna - definición ni conceptualización de Derechos Fundamentales, ni de libertad religiosa y nos remitiremos a la abundantísima bibliografía sobre la materia, que incluso no citamos ya que cualquier enumeración bibliográfica no sería otra cosa que una mínima parcela de la total (30).

Ya de la clasificación que se realiza más arriba se puede desprender que de las diversas posibilidades de configuración -- del sistema matrimonial algunas son, en nuestra opinión, contrarias a la libertad religiosa.

Consideramos que la plena igualdad religiosa solo se da en

---

(30) Puede encontrarse una nota bibliográfica de cierta amplitud en PECES-BARBA, Gregorio, Derechos Fundamentales, segunda edición, Madrid, 1.976, págs 291 y ss.

los sistemas que hemos llamado -precisamente por eso- igualitarios. Sabemos las dificultades que plantea la coexistencia de - libertad y de igualdad religiosa (31), pero creemos que el máximo de igualdad y el máximo de libertad se daría en aquellos sistemas que reconociesen plenos efectos civiles a los matrimonios contraídos al amparo de un ordenamiento confesional cualquiera, o del ordenamiento civil. Si el esquema se realizó teniendo en consideración solamente el ordenamiento canónico de entre los - confesionales, aquí es necesario ampliarlo a cualquier ordenamiento religioso.

Dos problemas fundamentales plantean estos sistemas:

- 1 - Cuales deben ser considerados ordenamientos religiosos.
- 2 - La regulación de la celebración (matrimonio "in fieri") y la regulación del matrimonio y sus efectos (matrimonio "in facto esse"); forma y clases del matrimonio.

Analizaremos, muy brevemente, ambos problemas refiriendolos a la legislación más próxima a dicho sistema: la de los Estados - Unidos de América (32).

- 1 - Cuales deben ser considerados ordenamientos religiosos.

---

(31) Vid. a este respecto DE LA HERA, Alberto, Pluralismo y libertad religiosa, Sevilla, 1.971, passim y en especial --- págs. 37 y ss.

(32) Puede verse a éste propósito, y entra otras, las siguientes obras, que hacen especial referencia a la Jurisprudencia, - de especial fuerza creadora en los Estados Unidos: VARIOS, - Il separatismo nella Giurisprudenza degli Stati Uniti, Milano, 1968. McGRATH, John, J. Church and State in American Law: Cases and Materials, Milwaukee, 1962, y puede verse una breve exposición de tal sistema matrimonial en PRADER. -

Si se adopta un sistema de plena libertad concediendo efectos civiles a cualquier matrimonio, es decir considerando Iglesia a cualquier agrupación que así lo desee sin ningún requisito: inscripción, notificación etc., se creará un grave problema de seguridad jurídica.

Si por el contrario se pretende evitar tal inseguridad jurídica mediante la concesión del estatuto de Iglesia sólo aquellas agrupaciones que cumplan ciertos requisitos, sean cual fueren, - se violaría el principio de igualdad.

"Negli stati uniti gli sposi hanno piena libertà di celebrare il matrimonio o in forma religiosa davanti al ministro di culto competente o in forma civile davanti al funzionario civile..." (33); pero ¿cual es el ministro de culto competente? "I ministri di culto debbono essere ministri di comunità religiose riconosciute (34) y, ¿basta con que la comunidad religiosa esté reconocida para que sus ministros lo sean? "Le leggi statunitensi, sia federali, sia dei singoli Stati membri, non operano un rinvio incondizionato agli ordinamenti confessionali per --- attribuire ed applicare determinati privilegi ai soggetti qualificati ministri di culto, ma accanto a tale status conferito loro dalla confessione richiedono altri elementi (35). ¿Cuales -

---

giuseppe, Il matrimonio..., cit, págs 481 y ss.

(33) PRADER, Giuseppe, Il matrimonio..., cit, pag 481.

(34) PRAEDER, Giuseppe, Il matrimonio..., cit, pag 485.

(35) PARLATO, Vittorio en VARIOS, Il separatismo..., cit, pag. 6.

son esos elementos? "Ne questi sono sempre i medesini ma variano nelle singole leggi che li riguardano" (36), así pues "...nom si puo parlare di qualifica di ministro di culto agli effetti civili..." (37). Pero es que además un ministro que tuviese la condición de tal reconocido, a efectos de celebración de matrimonio, se encontraria con que "Alcuni Stati richiedono che il celebrante sia in possesso... [de] autorizzazione..." (38). Pero por otra parte habria que preguntarse ¿Cuales son las comunidades religiosas reconocidas de las que habla PRADER? ¿Bastará con que tengan personalidad jurídica?.

"...A church or religious society may exist for all the purposes for wich it was organized [lo que puede incluir la celebración de matrimonios] independently af any incorporation [Que equivale en Derecho estadounidense a adquisición de la personalidad jurídica] under statutes of the state; and it is a matter of common knowledge that do exist wich are never incorporated" (39).

Así pues, muchas preguntas sin respuesta legislativa, a las que tiene que responder la jurisprudencia.

---

(36) VARIOS, Il Separatismo... cit, pág 6.

(37) VARIOS, Il separatismo... cit, pág 6.

(38) VARIOS, Il separatismo... cit, pág 9.

(39) (45 Am Jur 726; Hundley v. Collins, 131 Ala 234 (1902), 32 So 575; Alden v. St Peter, 158 III 631, 42 NE 392; Fuchs v. Meisel, 102 Mich 357, 60 NW 773; Baxter v. Mc Donnell, 155 NY 83, 49 NE 667 citado en NISSIR, Livio Amedeo en VARIOS - Il separatismo..., cit, págs 176 y 177)

El sistema de los Estados Unidos se ha inclinado hacia un sistema igualitario, no absoluto pues se exigen algunos requisitos -- aunque no estén concretados, y ello crea una serie de notables -- complicaciones. Es por ello por lo que algunos se inclinan por -- sistemas más claros, generalmente el de matrimonio civil obligatorio, con la finalidad de evitar tales complicaciones. Pero --- ello sería tanto como considerar que un límite a los Derechos -- Fundamentales es la dificultad en la aplicación del Derecho Fundamental correspondiente.

2 - La regulación de la celebración del matrimonio (matrimonio "in fieri") y la regulación del matrimonio y sus -- efectos (matrimonio "in facto esse"). Forma y clase del matrimonio.

"...Il matrimonio religioso è... sempre regolato dalla legge civile sia quanto ai requisiti materiali per la celebrazione, che quanto agli effetti e lo scioglimento..." (40). Esto es tanto como decir que el matrimonio religioso en los Estados Unidos, es -- un matrimonio civil en forma religiosa. Hay varias formas de matrimonio religioso, pero una sola clase: la civil.

La alternativa extrema sería considerar competente a la confesión religiosa que celebró el matrimonio para regular su posterior desarrollo y efectos.

---

(40) PRADER, Giuseppe, Il matrimonio..., cit, pág. 481.

Creemos que los problemas aquí planteados son de mayor gravedad, que los que planteábamos más arriba. De adoptarse la solución extrema expuesta, ello implicaría reconocer validez a cualquier situación que recibiese el nombre de matrimonio en una u otra agrupación religiosa; la poliandria y poliginia, la ausencia de heterosexualidad, la inestabilidad, sólo sería una pequeña parte de las aberraciones que se deberían admitir.

La alternativa adoptada en el sistema de los Estados Unidos creemos que viola el principio de libertad religiosa, al menos parcialmente, ya que el reconocimiento de la competencia en la regulación del matrimonio a las agrupaciones religiosas es mínimo por no decir inexistente.

¿Cual sería pues el sistema matrimonial, de entre los posibles, más respetuoso del Derecho Fundamental a la libertad religiosa?. Sería aquél en que el ordenamiento estatal reconociese el carácter de matrimonio, y la competencia de regular su contenido, a cualquier unión con la única limitación de la no violación del orden público, entendiendo por orden público el conjunto de condiciones mínimas que permiten la existencia de una sociedad dada. La única misión del Estado sería entonces la subsidiaria.

Además de esta la misión del matrimonio civil será la de ser (si se nos permite la expresión) el matrimonio religioso de los que no tienen religión. A esto se debería de añadir la obligatoriedad de inscripción de los matrimonios celebrados en un Registro

estatal, estableciendo una sanción por la no inscripción; sanción que nunca podrá ser la nulidad del matrimonio ya que el Estado -- sólo será competente para declarar la nulidad, en aquellos supuestos en los que los contrayentes adopten totalmente, o en el aspecto de disolución del vínculo, la regulación civil del matrimonio -- o en aquellos supuestos en el que el pretendido matrimonio, sea -- esencialmente contrario al Orden Público.

Tras esta breve descripción de lo que entendemos sería un -- sistema matrimonial plenamente respetuoso de la libertad religiosa, y un somero análisis del vigente que aparentemente más se le aproxima; pasaremos a analizar aquellos sistemas que violan tal derecho fundamental.

Poco deberemos de extendernos en tal análisis, con lo dicho más arriba queda claro por que todos y cada uno de los sistemas que más adelante se enumeran son contrarios a la libertad religiosa. El sistema matrimonial español vigente será objeto de mayor atención por razones obvias.

#### 1'- Sistemas de matrimonio civil obligatorio

Tal vez resulte extraño para algunos el que incluyamos este sistema entre los que violan el Derecho Fundamental a la libertad religiosa; parecerá especialmente extraño --inexacto-- a aquellos -- que consideran que éste es el único sistema matrimonial en el que se da libertad religiosa, pero creemos que no es así.

Un argumento típico de crítica a este sistema es el siguiente "El sistema [de matrimonio civil obligatorio y matrimonio ca--

nónico irrelevante civilmente] es propio de los estados radicalmente laicistas que ignoran las instituciones canónicas y restringen notablemente la libertad religiosa. Para estos sistemas el matrimonio canónico no tiene eficacia fuera de los concretos límites del ordenamiento eclesiástico, no constituyendo por tanto ante el ordenamiento civil matrimonio válido, sin que pueda por ello pretenderse que obtenga efectos civiles. La Iglesia Católica se ha opuesto siempre a este sistema totalitario de monopolio, por implicar un claro desconocimiento de la jurisdicción eclesiástica matrimonial, y por la evidente lesión que comporta del derecho de libertad religiosa" (41)

Todo en la anterior argumentación es exacto, pero hay un punto que, pensamos, requiere ser matizado. Sólo se habla de ordenamiento civil y de ordenamiento canónico, pero sin aludir a los restantes ordenamientos confesionales. Si se pretende que el ordenamiento estatal no restrinja notablemente la libertad religiosa, será también necesario que se concedan efectos civiles a los matrimonios celebrados al amparo de ordenamientos de otras confesiones.

El argumento citado justifica la necesidad de que se concedan efectos civiles al matrimonio canónico -si es que se pretende respetar el Derecho Fundamental a la Libertad Religiosa- en razón de que la propia Iglesia Católica así lo exige. Por nuestra parte hemos reclamado la concesión de efectos civiles a los

---

(41) VARIOS, Derecho Canónico, cit., pág, X-7.



matrimonios de otras confesiones, y será necesario justificar la necesidad de tal reconocimiento de una forma general y válida, no sólo para la Iglesia Católica, sino para cualquier otra confesión religiosa.

La justificación no es otra que la incompetencia substancial del legislador estatal para regular materias religiosas.- Si el matrimonio representa para una determinada religión lo - que BARCIA (42) ha llamado un "valor sagrado específico", es evidente que el matrimonio para un miembro de tal religión será un acto fundamentalmente religioso. Y no se diga que en un sistema de matrimonio civil obligatorio puede estar autorizada la celebración, anterior o posterior al matrimonio civil, de un matrimonio canónico, y que por lo tanto el derecho de libertad religiosa queda salvaguardado; para el miembro de una confesión religiosa el aspecto esencial del matrimonio es el religioso y querrá -tendrá derecho a exigir- que así se le reconozca.

Si tiene este sistema, el de matrimonio civil obligatorio, una ventaja con respecto a los siguientes, en lo que se refiere a la libertad religiosa, es que aquellos violan la igualdad y - la libertad religiosa, y éste sólo viola la libertad, sin discriminar entre sus súbditos, pero ello no es suficiente.

---

(42) BARCIA MARTIN, Luciano. Matrimonio y libertad civil en materia religiosa. Problemática del artículo 42 C.C. en relación con el derecho natural de libertad civil en materia religiosa, Santiago de Compostela, 1976, nota 42 en la pág. 104.

## 2'- Sistemas de matrimonio religioso obligatorio

Creemos que éste es el sistema que más claramente atenta a la libertad y a la igualdad religiosa. Atenta a la igualdad y a la libertad, pues una parte de los súbditos del ordenamiento es tatal pueden contraer matrimonio conforme a sus creencias, mien tras que los restantes si desean contraer matrimonio lo deben - hacer conforme a una regulación frente a la cual se muestran in diferentes o incluso contrarios en conciencia. En el ámbito ju rídico en el que nos desenvolvemos sólo quedan algunos residuos históricos (Andorra y Grecia) con tendencia a desaparecer.

No realizaremos ningún comentario más al respecto por una doble razón: 1- Práctica inexistencia de tal sistema en la actua lidad 2- Evidencia de su incompatibilidad con un régimen de Li bertad religiosa.

## 3'- Sistemas en los que existe un matrimonio civil, pero - junto a él se conceden efectos civiles sólo a algún o algunos matrimonios religiosos. El caso español.

Es éste el sistema que más nos interesa, pués el ordenamien to jurídico que va a ser objeto de nuestra tesis al plantearse - el tema matrimonial se inclina por este sistema.

El problema se plantea tanto en los casos en que junto al - matrimonio civil se conceden efectos a un sólo matrimonio reli gioso, como en el caso en el que se conceden a varios, pero no - a todos, no estamos de acuerdo con BARCIA cuando escribe:

"...puede ser suficiente, como causa para que el Estado reconozca tales matrimonios, el caso de confesiones... reconocidas, cuyo número de miembros sea tan reducido que la publicidad conveniente para hechos de trascendencia social, como es el matrimonio, pida una celebración reguladora por la ley civil..." (43), insistimos una vez más, las dificultades administrativas no --- pueden ser consideradas como un límite a los Derechos Fundamentales y, además, para dar publicidad a los negocios jurídicos - existen los Registros públicos. Así pues nos centraremos en el caso español.

En una obra dedicada monográficamente al tema (44) se afirma: "...Los actos externos sólo tendrán valor religioso, cuando sean reflejo de la actitud interior de alma. Por ello no puede satisfacerse el interés sobrenatural, de salvación, por parte - de la Iglesia, con un matrimonio celebrado canónicamente por obediencia exclusiva a las leyes civiles del Estado. En todo caso la razón fundamental a tener en cuenta por el Estado consiste en reconocer su propia incompetencia para imponer un acto religioso, como es el matrimonio canónico, como obligatorio para sus súbditos". Esta afirmación no sólo descalifica -por razones de - libertad religiosa- los sistemas de matrimonio religioso obligatorio, sino a aquellos en que se dificulta el acceso al matrimonio civil por razones religiosas; es por lo que el mismo autor propo

---

(43) BARCIA MARTIN, Luciano, Matrimonio..., cit, nota 42 de la - pág. 104.

(44) BARCIA MARTIN, Luciano, Matrimonio..., cit, pág, 105.

ne el establecimiento en España de un sistema facultativo mediante esta nueva redacción del 42 C.C.:

"El Estado reconoce los efectos propios del matrimonio contraído de conformidad con las disposiciones de la Iglesia Católica.

Los españoles podrán contraer matrimonio de conformidad con las disposiciones contenidas en este Código" (45).

Una vez más se olvida el problema de las confesiones no católicas, no estamos de acuerdo con que "...Constituye problema distinto el reconocimiento de validez civil a las celebraciones religiosas de matrimonio distintas de las católicas" (46), es - si se quiere otro aspecto de un mismo problema: el lograr la igualdad en la libertad.

El sistema matrimonial español es contrario a un régimen de libertades públicas por un doble motivo: 1- a algunos ciudadanos se les obliga a contraer matrimonio canónico -el determinar en - que medida se les obliga es el tema de esta tesis-; 2- Mientras que a algunos súbditos del ordenamiento se les reconoce la forma de matrimonio de su confesión -la católica-, a otros, los pertenecientes a las restantes religiones, no se les reconoce.

---

(45) BARCIA MARTIN, Luciano, Matrimonio..., cit, pág. 122.

(46) BARCIA MARTIN, Luciano, Matrimonio..., cit, pág. 104.

El sistema matrimonial español, pues, no respeta ni la igualdad, ni la libertad religiosa.

En el presente número sólo se pretendía plantear un problema, y creemos que con lo dicho queda planteado.

## B - Sistemas matrimoniales en Derecho Comparado

Definido a nivel meramente teórico, el concepto de sistemas matrimonial, y antes de entrar en el específico análisis del sistema matrimonial español, parece conveniente realizar un rápido recorrido por alguna de las legislaciones vigentes más significativas en materia de sistema matrimonial. Ello permitirá situar una realidad legislativa concreta: el sistema matrimonial, dentro de una realidad más amplia en la que se encuentra inmerso; para comprender, así mejor ese sistema matrimonial concreto que es el - que ahora nos interesa.

a- Acotación del campo: Europa occidental y América, como países de nuestro ámbito jurídico-cultural.

Cada uno de los países que constituyen el grupo de países - no subdesarrollados, y en el cual nos encontramos, es encuadrable en uno de estos tres grupos: países con sistemas jurídicos - de origen romano-canónico, países con sistemas jurídicos de "common law", y países con sistemas jurídicos socialistas. Es evidente que las crecientes relaciones internacionales hacen imposible la subsistencia de sistemas puros, pues las influencias mutuas - entre los diversos sistemas son un hecho indiscutible, pero ello no impide que sean diferenciables.

Que España tiene un sistema jurídico de origen romano-canónico es una afirmación que no exige de ulteriores aclaraciones; ello justificará que se analicen algunos de aquellos ordenamien

tos que tienen su mismo origen. Si a nivel jurídico, aún a pesar de unas indudables influencias, existe una cierta separación entre el sistema jurídico español y los de "common law", es evidente que tal separación no se produce en otros campos; la influencia del mundo anglosajón en el hispano es un hecho obvio. Y ello justificará que analicemos algunos de los más significativos ordenamientos de tal mundo. Por el contrario los países socialistas han tenido escaso contacto con España, desde su configuración como tales, y ello excusará de su tratamiento.

En el escaso número de países, cuyo ordenamiento en materia de sistema matrimonial vamos a exponer, hemos pretendido incluir, dentro de los límites señalados más arriba, las soluciones legislativas más diversas, y los lugares geográficos y culturales más separados. En definitiva los países de cuyo ordenamiento en materia de sistema matrimonial, según el concepto dado más arriba, - vamos a ocuparnos son los siguientes: Francia, México, Estados Unidos de América, Suecia, Reino Unido, Italia y Grecia.

b- Soluciones legislativas vigentes (47)

-Francia.

.....

Ya hemos visto más arriba (48) que Francia fué uno de los -

---

(47) Ha sido de gran ayuda para la preparación de esta parte del trabajo la obra: PRADER, Giuseppe, Il matrimonio..., cit,

(48) Vid. Supra: I-A-C.

primeros países en introducir un sistema de matrimonio civil obligatorio, y no vamos a volver sobre ello. Analizaremos sólo la legislación vigente y solamente en lo que se refiere al sistema matrimonial, según el concepto que de él se dió más arriba (valga esta advertencia para todos los casos).

El sistema matrimonial francés es claro. Es un sistema puro de matrimonio civil obligatorio. En el sistema establecido por el Código Civil de 1803 solamente está reconocido el matrimonio civil, que se debe celebrar ante funcionario público y con dos testigos. Sin embargo el matrimonio religioso no es una institución desconocida para el ordenamiento francés, es más tiene algún efecto la celebración de un matrimonio de ese tipo en algunas circunstancias. El no desconocimiento se concreta en la prohibición de celebrarlo con anterioridad al matrimonio civil, y los efectos se concretarían en la sanción al ministro oficiante.

Se dan pues en el sistema francés las condiciones precisas para hablar de sistema matrimonial, y para afirmar que es de matrimonio civil obligatorio. Hay sistema matrimonial porque existen dos tipos de matrimonio y el ordenamiento civil es consciente de ello, es un sistema de matrimonio civil obligatorio porque el ordenamiento francés no concede efectos civiles al matrimonio religioso.

En definitiva el sistema matrimonial francés es de matrimonio civil obligatorio con prohibición de celebrar matrimonio religioso con anterioridad.



- Mexico  
.....

Por exigencia constitucional (art. 130), el sistema matrimonial mexicano es de matrimonio civil obligatorio. No establece, a diferencia de Francia, ninguna limitación a la anterior o posterior celebración de matrimonio religioso, tal vez esta no prohibición sea sorprendente en el seno de un ordenamiento jurídico en el que su constitución no reconoce personalidad jurídica a la Iglesia, no reconoce el carácter de ministro de culto a los extranjeros que lo sean, prescribe que las legislaturas de los Estados determinarán el número de ministros de culto necesario, niega el derecho al voto y a la asociación política a los ministros de culto, etc...

Así pues, si bien el sistema matrimonial mexicano es encajable junto con el francés entre los de matrimonios civil obligatorio, hay una diferencia importante, consistente en la no prohibición de la celebración anterior del matrimonio religioso.

El sistema matrimonial mexicano es, pues, de matrimonio ci  
vil obligatorio.

-Estados Unidos de America.  
.....

Con anterioridad hemos hecho referencia al sistema matrimonial de los Estados Unidos, y ello evitará volver sobre él.

Diremos solamente que el sistema es necesariamente complejo

dada la pluralidad de legislaciones estatales coexistentes, y el hecho de que se admitan matrimonios bajo cualquier forma (con las limitaciones indicadas más arriba), e incluso sin forma en algunos Estados (49).

De el sistema matrimonial americano podría decirse que es igualitario (facultativo en la clasificación tradicional) en cuanto a la forma, y de matrimonio civil obligatorio en cuanto al fondo. Es, en definitiva, un sistema similar al mexicano y al francés, si bien más respetuoso para con las confesiones religiosas, ya que considera como suficiente la forma -solo la forma- religiosa para que surja el vínculo.

- Suecia

.....

En el Reino de Suecia el cuerpo básico de la normativa matrimonial lo constituye la Ley de 11 de Junio de 1920, numerosas disposiciones posteriores modifican tal normativa, pero ninguna de ellas supone una variación en la configuración del sistema matrimonial sueco; la única excepción la constituye la Ley de 26 de octubre de 1951, en virtud de la cual se suprime la obligación de educar a los hijos en el protestantismo en el supuesto de ma-

---

(49) "Questa forma di matrimonio ha la sua origine nel diritto canonico del medio evo, che riconosceva valido il matrimonio informale o clandestino..." PRADER, Giuseppe, Il matrimonio..., cit, pag, 481.

trimonios mixtos entre protestantes y no protestantes. Veamos sucintamente cual es el sistema matrimonial de Suecia.

Los contrayentes tienen plena libertad para elegir entre la celebración de matrimonio religioso o de matrimonio civil. El matrimonio civil se celebrará ante funcionario público autorizado. El matrimonio religioso, que tiene plenos efectos civiles, se celebrará ante la Iglesia nacional Luterana, pero para que esto -- sea posible, es necesario que al menos uno de ellos pertenezca a tal Iglesia. Los matrimonios religiosos ante otras iglesias deberán ser autorizados por el Rey y se exige que al menos uno de -- los contrayentes profese aquella religión. En lo que se refiere a los matrimonios canónicos al amparo de la legislación de la -- iglesia católica, existe una autorización genérica para que se -- celebren, siempre que, al menos, uno de los contrayentes pertenezca a esa Iglesia.

El sistema matrimonial sueco sería, pues, encuadrable en la categoría de sistemas de plena libertad para contraer matrimonio civil y limitaciones para contraerlo religioso, siendo esas limitaciones muy escasas, prácticamente, en el caso de matrimonios -- luteranos (en realidad la única limitación es que al menos uno -- de los contrayentes pertenezca a tal Iglesia; pero esta es una -- limitación lógica, que el propio ordenamiento religioso impone -- y que el Estado Sueco se limita a reconocer). El sistema, pues, -- para los matrimonios luteranos, se aproxima a un sistema igualitario, y en lo que se refiere a los matrimonios de otras |confe--- siones religiosas se configura un sistema de similares características pero menos próximo a los sistemas plenamente igualitarios en razón del mayor número de limitaciones.

Así pues, el sistema sueco es substancialmente distinto de los anteriormente estudiados, y en el hay dos clases de matrimonio: civil y religioso, y no solo dos formas como en los Estados Unidos.

- Gran Bretaña  
.....

Con algunas dificultades similares a las de los Estados Unidos (diversidad de legislaciones y matrimonio meramente a través de contrato privado), se configura en Gran Bretaña un sistema matrimonial similar al sueco.

Se reconocen efectos civiles tanto al matrimonio religioso como al matrimonio civil, no obstante la dicotomía -por razones procedimentales, en las que no cabe entrar ahora- no debe ser esa: matrimonio civil y matrimonio religioso, sino matrimonio - conforme al rito de la iglesia anglicana y de otra parte los -- restantes. Hay plena libertad para celebrar cualquier tipo de matrimonio.

Si el matrimonio se pretende contraer al amparo de la confesión anglicana, se celebrará en la parroquia correspondiente.

Si se pretende celebrar un matrimonio civil este tenor a lugar el "Register office".

Si se pretende celebrar un matrimonio hebraico bastará con celebrarlo en la Sinagoga.

La celebración en la "Society of Friends" hará válido un matrimonio celebrado conforme a los usos cuaqueros.

Mayores dificultades -discriminatorias- plantea la celebración de un matrimonio de una confesión distinta de las más arriba mencionadas. Dos posibilidades existen para la celebración - de tal tipo de matrimonio a) Celebrarlo con la presencia de un funcionario público ("registrar") y b) Autorización al ministro para tal celebración por parte del "Registrar General de Londres o del "Superintendent Registrar" del distrito correspondiente. De celebrarse un matrimonio religioso (no anglicano, hebraico o cuaquero) sin la presencia del funcionario público o sin la citada autorización, tal matrimonio carecerá de efectos civiles.

Se configura así un sistema de plena libertad para contraer matrimonio civil, anglicano, hebraico o cuaquero, y con limitaciones para contraerlo al amparo de otras confesiones religiosas. La automaticidad en la autorización al ministro de religiones no favorecidas, para celebrar matrimonio al amparo de la confesión correspondiente, hace que el sistema se aproxime en la práctica a uno igualitario.

Desde una perspectiva católica el sistema sueco es más igualitario que el británico, desde una perspectiva cuaquera o hebraica la situación es la inversa.

- Italia (50)

.....

---

(50) Seguiremos para la exposición de esta parte un artículo --

Tres clases de matrimonio habría que distinguir en el ordenamiento italiano, el súbdito del ordenamiento tendrá plena libertad para elegir una u otra de tales clases, que son:

- a) Matrimonio civil
- b) Matrimonio concordatorio
- c) Matrimonio "acattolico".

No podemos extendernos en cada uno de ellos, ni en las alteraciones que la reciente reforma del Derecho de familia ha supuesto, unas breves indicaciones bastarán.

El matrimonio civil viene regulado en el Codice Civile. El matrimonio concordatario recibe tal nombre porque en el concordato de 1929 viene regulado; es un matrimonio canónico y "L'ordinamento italiano... nei casi di matrimoni concordatari non si pronuncia circa il vincolo canonicamente contratto, si limita a riceverlo..." (51). Mayores problemas plantea el matrimonio "acattolico", que ven su regulación anterior a la Ley del 1975 no era otra cosa que un matrimonio civil en forma religiosa, pero - a partir de la reforma del Derecho de familia hay que pensar que "...Infatti dalla dizione usata nell'art. 31 della legge n. 151 del 1975 con cui è stato modificato il testo dell'art. 149 C.C.,

---

posterior a la Ley de 19 de mayo de 1975. PEYROT, Giorgio, Reflessi della riforma del Diritto di famiglia sulle celebrazioni nuziali, "Il Diritto Ecclesiastico e Rassegna di Diritto Matrimoniale", gennaio-giugno 1976, 1-2, 1976, --- págs, 22-65.

(51) PEYROT, Giorgio, Reflessi..., cit, pág, 38.

si è indotti a ritenere che il legislatore propenda oggi non già per la natura esclusivamente civilistica di tale forma di celebrazione, ma piuttosto verso un riconoscimento del suo carattere distintito di "rito religioso" a cui vengono riconosciuti gli - effetti civili" (52), aunque "Tale riconoscimento... rimane...- condizionato alla circostanza che nel corso della celebrazione venga raccolta" alla prepresenza di due testimoni la dichiarazione di entrambi gli sposi l'uno dopo l'altro di volersi prendere rispettivamente in marito e moglie" da parte del ministro di -- culto abilitato a procedervi a norma di legge" (53).

En definitiva podría calificarse el sistema matrimonial italiano de sistema de plena libertad para contraer matrimonio canónico y civil y limitaciones para contraerlo al amparo de otra - confesión, si bien muy próximo a un sistema igualitario ya que - "...Il legislatore attuale, parificando concettualmente tutti i "riti religiosi" relativi a dette celebrazioni, ha consentito -- nel quadro del pluralismo verso cui è orientato l'ordinamento -- giuridico italiano secondo l'impronta datagli dalla costituzione repubblicana, di considerare sullo stesso piano, limitatamente alla sola forma della celebrazione, i matrimoni celebrati ai - sensi dell'art. 82 [matrimonio canonico] e quelli di cui all'art. - 83 C.C. [matrimonio "acattolico"] (54)

---

(52) PEYROT, Giorgio, Reflessi..., cit., pág. 53.

(53) PEYROT, Giorgio, Reflessi..., cit., pág. 59.

(54) PEYROT, Giorgio, Reflessi..., cit., pág. 63.

- Grecia  
.....

El matrimonio civil es una figura desconocida en Grecia. No existirían, pues, los elementos necesarios para hablar de sistema matrimonial según el concepto que se dió más arriba. En realidad se trata de un sistema de matrimonio religioso obligatorio, pero no de un sólo matrimonio religioso, sino de varios. Veamos cuales son las reglas.

-Si al menos una de las partes profesa la religión ortodoxa, deberá celebrarse el matrimonio ante el ministro ortodoxo.

-Si ninguna de las partes profesa la religión ortodoxa y una profesa una religión cristiana, el matrimonio deberá celebrarse ante el ministro de tal confesión.

-Si ninguno de los contrayentes profesa religión cristiana, y uno al menos profesa alguna religión, el matrimonio se celebrará ante el ministro de esa religión.

-Si ninguno de los contrayentes profesa ninguna religión el matrimonio se celebrará ante el ministro ortodoxo.

Se trata de un sistema de matrimonio ortodoxo obligatorio - para ortodoxos y para aquellos que no profesen ninguna religión y contraen con otro que tampoco profese. De matrimonio cristiano no ortodoxo obligatorio, para los cristianos no ortodoxos que contraigan con no ortodoxos. Y de matrimonio religioso obligatorio -



no cristiano para aquéllos que profesan religión no cristiana y contraen con no cristianos.

c - Escasa preocupación doctrinal por el tema

En un rápido recorrido hemos comprobado que las soluciones legislativas vigentes son muy variadas, cada ordenamiento tiene sus propias peculiaridades; algunos sistemas se caracterizan -- por su sencillez procedimental y otros por su complejidad.

Sorprende, desde la perspectiva española, que la doctrina -- extranjera no dedique apenas atención a determinar cual es el -- sistema matrimonial propio, a determinar quien tiene acceso a -- uno u otra forma de matrimonio. En España, por el contrario, hay decenas de publicaciones y centenares de opiniones en torno al -- tema. La razón de tal diferencia es clara: el artículo 42 del -- C.C. es impreciso --no decimos que ello sea un defecto-- en un tema en que la concreción es fácil. Los ordenamientos extranjeros son claros, pueden ser extremadamente sencillos en su aplicación al regular una sola posibilidad (Francia), o pueden ser, aparente-- mente, más complejos en su regulación por motivos bien distintos (Estados Unidos o Grecia), pero la solución, más o menos comple-- ja, es clara. En Derecho comparado no hay dificultades para deter-- minar quien tiene acceso a una u otra forma-clase de matrimonio.-- Como se verá, la situación es España es bien distinta.

## II - EL SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL

Definido el concepto de sistema matrimonial español y tipificadas las diversas posibilidades de configuración de tal sistema, corresponde ahora referirse a un sistema matrimonial en concreto -más bien varios sistemas matrimoniales que se desarrollan sucesivamente-: el español.

Dos grandes epígrafes componen este capítulo. La diferenciación entre ambos es temporal. El segundo epígrafe comprendería -cuatro décadas, el primero -en principio- casi dos milenios. Tal desproporción viene explicada por que el objeto específico de esta tesis lo son precisamente las últimas cuatro décadas de nuestra historia y por ello nos detendremos con especial detalle en el segundo epígrafe.

A - Desde sus orígenes hasta 1938  
=====

Cuatro fechas merecen ser destacadas en este amplio periodo: 12 de julio de 1564, 18 de junio de 1870, 22 de enero de 1875 y - 28 de junio de 1932.

En la primera se concede el pase a los canones de Trento; en la segunda se establece un sistema de matrimonio civil obligatorio; en la tercera se instaura un sistema mixto; y en la última se vuelve al sistema de 1870. De esta enumeración podría deducirse con -- SANCHEZ ROMAN, que son cuatro los sistemas matrimoniales que han -- existido en España; uno mixto hasta 1564, de matrimonio religioso obligatorio desde tal fecha hasta la Ley de 1870, de matrimonio ci

vil obligatorio durante el siguiente lustro, y desde el 1875 hasta la II República de nuevo mixto. (55) No creemos que tal tipificación sea correcta, y no solo por las razones que aduce CASTAN (56), sino por algo más sencillo: porque no se dan los requisitos necesarios para poder hablar de sistemas matrimonial.

Para poder hablar de sistemas matrimoniales -al menos para poder hablar del concepto de sistema matrimonial que más arriba hemos esbozado -es necesario que coexistan en tensión dos instituciones, o una sola institución con dos clases o con dos formas (no es éste el momento de entrar en tal polémica): el matrimonio civil y el matrimonio canónico. Y tales instituciones no existen, en nuestro país, hasta -prácticamente- el XIX. El decir que el -"Sistema de la forma exclusivamente religiosa... ha regido... en España hasta la ley de 1870..." (57), es tal vez, cierto pero -- ello no implica que se pueda hablar de sistema matrimonial; o se podrá hablar en el mismo sentido que se podría afirmar que el -- sistema de bautismo en España es de bautismo religioso, sencilla

---

(55) SANCHEZ ROMAN, Felipe, Estudios de Derecho Civil, Tomo quinto, Volumen 12, Derecho de Familia, Segunda edición, Madrid, 1912, págs 404 y ss.

(56) "...no nos parecen exactos tales apreciaciones. Los matrimonios clandestinos de la Edad Media no fueron matrimonios civiles ni tienen la menor analogía con el moderno matrimonio civil...". CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho Civil..., cit., -- Tomo quinto, pág., 123.

(57) CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho Civil,... cit., Tomo quinto, - pág., 119.

mente porque <sup>u</sup> no existe un "bautismo civil". Cuando en el epígrafe b- de este mismo apartado calificamos a la ley de 1870 como "la - primera ley moderna en materia de sistema matrimonial", y tal vez la palabra moderna sobre. Es la primera ley española en materia - de sistema matrimonial.

Volviendo a las cuatro fechas antes mencionadas podemos señalar que:

-En la primera: 1564, queda regulado el matrimonio con claridad por primera vez. Tal clarificación sólo es debida parcialmente al legislador español. En realidad la clarificación surge en Trento y el legislador español se limita a recibir lo legislado por el canónico. Simplificadamente -y con escasa exactitud- podemos afirmar que en 1564 surge la figura "matrimonio canónico" en España; pero sobre todo ello volveremos más adelante.

-Tres siglos más tarde (1870), aparece otro elemento necesario para poder hablar de "sistema matrimonial". Nos referimos, naturalmente, a la figura "matrimonio civil".

-La tensión entre ambas figuras (matrimonio civil versus matrimonio canónico), desarrollada desde las discusiones para la -- aprobación de la Ley de 1870 y durante todo el lustro siguiente, cristaliza en 1875, en la configuración de -por primera vez- un - sistema matrimonial mixto. Así pues, en 1875 se produce la cristalización en una norma jurídica de la tensión entre las dos figuras antes mencionadas. Así pues en 1875 se da con toda claridad el -- tercer requisito para poder hablar de sistema matrimonial.

-La cuarta fecha (1932), tiene una importancia mucho menor desde nuestra perspectiva. Con la II República se introduce una institución que revoluciona (la expresión no parece exagerada), la legislación matrimonial española: el divorcio. Pero no supone ninguna novedad en el campo de los sistemas matrimoniales; - desde 1875 ya se dan los tres elementos necesarios para hablar de sistema matrimonial (repitamoslo una vez más: 1- matrimonio religioso, 2- matrimonio civil y 3- tensión entre ambas figuras) Nada nuevo aporta la legislación republicana. La II República - configura un sistema de matrimonio civil obligatorio, como ya - ocurrió en 1870; que tal matrimonio sea indisoluble o se admita el divorcio en nada modifica el sistema matrimonial.

Si bien la fecha no es decisiva para la aparición de los e lementos que permitan hablar de sistema matrimonial, sin embargo parece natural que en un trabajo de la presente naturaleza se de dique una especial atención a tal período, y ello por dos motivos: 1- Es el único período de nuestra historia en el que se admite - el divorcio y 2- Es uno de los dos únicos momentos -junto con el período 1870-75- en que el sistema matrimonial español puede ser calificado de sistema de matrimonio civil obligatorio.

Junto a los hechos legislativos, más arriba mencionados, o- tro destaca con especial fuerza: la promulgación del Código Civil. En cualquier estudio de Derecho privado español, tal fecha consti- tuye un hito histórico; si la presente tesis está centrada en la interpretación de una expresión utilizada en un artículo de tal -

cuerpo legal, parece innecesario el justificar el por qué de la atención que prestamos a la promulgación del Código Civil.

Todo lo anterior permite comprender la división de este apartado en los siguientes cuatro epígrafes.

a- La inexistencia del concepto de sistema matrimonial.

La regulación del matrimonio en España hasta 1870.

Si a lo largo de este trabajo, en numerosas ocasiones nos hemos visto obligados a renunciar al tratamiento de diversos temas, en razón de no apartarnos del hilo conductor que le guía, en este punto tal abandono viene más claramente justificado.

La regulación del matrimonio en España, hasta fechas muy recientes, constituye prácticamente una incógnita histórico-jurídica. No existe una obra que analice con precisión y en una visión de conjunto tan importante tema. Todos los factores se combinan para hacer de tan dilatado período, un período de obscuridad en materia legislativa. La inexistencia de la unidad jurisdiccional en España, derivada de la ausencia de unidad política; la ausencia de una regulación clara y concreta por parte del Derecho canónico del matrimonio hasta Trento; el ser la distinción entre clase y forma de matrimonio algo desconocido; todos ellos y otros muchos factores dificultan extraordinariamente cualquier investigación al respecto.

En toda la historia del sistema matrimonial español un año -

resulta clave: 1870; desde entonces se puede hablar de sistemas matrimonial, hasta entonces nos encontramos en la prehistoria -- del sistema matrimonial. No es esta una peculiaridad de España, -- tal situación se dá en todo el ámbito jurídico próximo al nues-- tro, si bien las fechas de arranque de la historia del sistema -- matrimonial son --es obvio-- diversas.

Nuestra civilística, que es quien ha elaborado y manejado -- el concepto de sistema matrimonial, ha adoptado tres posturas an-- te tal situación de penuria de datos:

1- Renunciar al estudio de tal período (58).

2- Renunciar al estudio, o aludir brevemente a algunos aspec-- tos parciales, hasta 1564, y considerar que con la Real Cédula de 12 de julio de 1564 se establece un sistema de matrimonio religio-- so obligatorio (59).

3- Considerar que el sistema matrimonial español es de matri-- monio religioso obligatorio hasta 1870, sin especificar el momen-- to en que se inicia tal sistema (60).

---

(58) PUIG BRUTAU, José, Fundamentos en Derecho Civil, Tomo IV, Vo-- lumen I, El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes, -- Barcelona, 1967; ALBADALEJO, Manuel, Manual de Derecho de Fa-- milia y sucesiones, Barcelona, 1974.

(59) LA CRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBUDILLA, Francisco de -- Asis, Derecho de Familia, cit., pág. 27; ESPIN, Diego, Manual.. cit, vol, IV, pag. 22.

(60) PUIG PEÑA, Federico, Tratado de Derecho Civil español, Tomo II Derecho de Familia, Vol. I, Teoría General del Matrimonio, -- Madrid, 1953, pág. 57; BONET RAMON, Francisco, Compendio de -- Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Familia, Madrid, 1960 pág. 63,



En cualquier caso, es lugar común en la doctrina el considerar, ya sea manifestándolo explícitamente, ya sea deducible del tenor del texto, que el único matrimonio existente en España en este periodo es el matrimonio religioso obligatorio (61). Tal deducción es, con toda probabilidad, exacta, pero requiere de ciertas matizaciones.

Es importante insistir en que la diferencia entre clase y forma de matrimonio, en el sentido que hoy se da a tal distinción, no aparece con claridad en tal época. La palabra forma de matrimonio sí tendrá algún sentido; se entenderá por forma en tal período el conjunto de ritos y formalidades externas que acompañan a la celebración del matrimonio (62). Pero si la expresión forma de matrimonio podía tener algún sentido, la palabra clase carecía de sentido alguno, al menos del que le hemos dado aquí.

Estimamos que, en el período analizado, resulta impensable que la fuerza del vínculo matrimonial surja por acción del poder secular y no del religioso. Así pues creemos que el concepto sistema matrimonial no es aplicable al período referido.

No se puede hablar de un sistema de matrimonio religioso obligatorio, ya que si bien el matrimonio religioso es el único posible, ello no se deriva de una opción del legislador civil, sino —

---

(61) Existe una notable excepción, a tal sentir general, que es la postura mantenida por SANCHEZ ROMAN, a la que aludiremos más adelante.

(62) Puede verse un resumen de algunas de ellas en GONZALEZ, Jerónimo, Formas y ritos..., cit.

del hecho de que <sup>no</sup> hay posibilidad de opción, puesto que el legislador civil ni siquiera se puede plantear la posibilidad de regular el matrimonio al margen de la Iglesia.

Recordemos que el concepto que hemos pretendido dar, de sistema matrimonial, es un concepto solamente válido desde una perspectiva del poder civil, y que solamente tiene sentido si el legislador estatal conoce (no necesariamente, reconoce) la pluralidad de regulaciones matrimoniales: matrimonio civil y matrimonio canónico.

En definitiva, hasta 1870, el concepto de sistema matrimonial es un concepto inexistente.

La anterior afirmación no sería cierta de haber existido un matrimonio civil en España con anterioridad a 1870; ello nos obliga a aludir, siquiera sea muy brevemente, a la posición de SANCHEZ ROMAN.

SANCHEZ ROMAN afirma textualmente: "...Desde que España se constituyó en nacionalidad, con vida y Derecho propio, a principios del siglo V, hasta que muy vencido el XVI, Felipe II introdujo, como legislación del Estado en materia matrimonial, la Reforma Tridentina, más bien puede decirse que coexisten las formas civil y religiosa del matrimonio; y por consiguiente, que se mantuvo en las leyes españolas el concepto de la secularización jurídica del matrimonio por un número de siglos evidentemente mayor que los trescientos ocho años en los que subsiste como exclusivo el matrimonio canó-

nico, después de la Real cédula de aquél Monarca, no obstante el influjo social del clero y su intervención en la vida pública del país y hasta en las funciones del Poder" (63). Dos aclaraciones son necesarias: 1- Aunque SANCHEZ ROMAN emplee la palabra "formas", estimamos que no la emplea en el sentido actual de la palabra, sino que, más bien, -y así se deduce del contexto- se quiere referir a clases. 2- El matrimonio en forma civil a que se refiere, es el llamado matrimonio a yuras, como se puede deducir de su afirmación: "Hasta la celebración del Concilio de Trento coexistió, al lado -- del matrimonio solemne religioso in facie Ecclesiae, el llamado primitivamente á yuras y después presunto o clandestino, por falta de párroco, y aún la ley otorgó cierta consideración civil a las imperfectas relaciones de los sexos que tomaron el nombre de barragnias (64).

La doctrina posterior ha rechazado con toda fuerza la tesis de SANCHEZ ROMAN. En algunos casos, la no adhesión a tal postura se -- desprende de la forma de enfocar el problema; el caso típico se da cuando se alude al sistema matrimonial español anterior a 1870 y se le califica como de matrimonio religioso (65) otros autores, aún sin

---

(63) SANCHEZ ROMAN, Felipe, Estudios..., cit, pág. 408.

(64) SANCHEZ ROMAN, Felipe, Estudios..., cit, pág. 404.

(65) No es necesario repetir anteriores citas.

mencionarlo, tienen en su mente la afirmación y la rechazan (66). Por último algunos aluden expresamente a la afirmación de SANCHEZ ROMAN, así por ejemplo PUIG PEÑA dice: "En [la Edad Media]...- aunque se hayan reconocido y regulado distintas formas de matrimonio celebrado in facie ecclesiae, coexiste el llamado primitivamente matrimonio a yuras, y después, presunto o clandestino. Pero es esta dualidad matrimonial, ¿puede dar a entender la coexistencia -- del matrimonio religioso con el civil?. Así lo entendió SANCHEZ ROMAN..., Estudios posteriores, sin embargo, han determinado que la naturaleza del matrimonio a yuras era bien distinta..." (67).- La práctica unanimidad doctrinal, nos exime de cualquier ulterior precisión, que por otra parte no sería este el lugar de hacer. En definitiva, con anterioridad al siglo XIX (68), el matrimonio civil es una institución desconocida. Con anterioridad a 1870 no se puede hablar de sistema matrimonial.

La inexistencia del matrimonio civil, y la inexistencia de un sistema matrimonial, no implica que el legislador civil no pretenda regular algunos aspectos del matrimonio. El legislador civil -- no se limita a abstenerse de regular el matrimonio (lo que sería -- una remisión tácita al Derecho canónico), o a remitirse expresa--- mente al Ordenamiento canónico (69); el legislador vá más lejos --

---

(66) Así por ejemplo: "Es un hecho históricamente incontrovertible que el matrimonio civil no es conocido en nuestra legislación hasta el año de gracia de 1870..." CARRION OLMOS, Salvador -- Historia y Futuro del Matrimonio Civil en España, Madrid, --- 1977, pág. 55.

(67) PUIG PEÑA, Federico, Tratado..., cit, pág, 60.

(68) Sería interesante determinar el momento exacto en el que aparecen, a nivel doctrinal, las primeras alusiones a un matrimonio civil. No es tarea que corresponda realizar aquí.

y regula algunos aspectos, que sin afectar al fondo, inciden sobre el matrimonio. Los ejemplos son numerosísimos, y naturalmente no aludiremos a todos ellos. Señalaremos solamente algunos, que permitan dejar constancia de que efectivamente tal regulación ha existido históricamente en España.

Así, si acudimos al Fuero de Soria (1109-1114), encontramos - que su capítulo XXX lleva como título: "Capítulo delos casamientos.

Por su parte, el Fuero de Coria (anterior a 1227), regula diversos aspectos relativos a las sanciones por contraer matrimonio sin autorización paterna, matrimonio de viudas, o sanciones por -- abandono de familia. La transcripción de algunos de tales precep-- tos nos eximirá de ulteriores comentarios:

-60 "Manceba en cabello que ascondamiente, sin sus parientes, tomar marido, sea deseredada. E el que la recibiere ixca por enemigo de sus parientes".

-62 "Manceba en cabello huerfana, los parientes de anbas las partes la casen. E si los parientes de la una parte la casaren, -- los que la casaren salgan por enemigos, e pechen el coto a los --- otros parientes, como si la matasen".

-63 "Biuda no faga boda en domingo, nin vaya cavallera, ni -- tome marido antes d'anno. E si lo recibier, peche la colona así --

---

(69) Por ejemplo la Real Cédula de 1564, que se analizará más adelante.

como dicho es".

-75 "Mugier que antes de anno tomar marido, peche III maravedis a los alcaldes de la hermandad. E si con mandado de los alcaldes casare, peche dos maravedis. E si mugier prennada recibier marido, sea deseredada e tomen la mitad del aver, tambien muebe como raiz, los parientes del muerto, e la otra meatad tomen poral - castillo. El que la recibiere por mugier, si muerta fuer la criatura, peche la colonna e salga por enemigo de las parientes del - muerto.

-287 "Todo ome que su muger de benición o de juras dexar, o - ella a el, vaya al obispo o el que tovier sus vazes, e el obispo - manda a los alcaldes que apierten que tornen el marido a la muger o la muger al marido. E si los alcaldes no acotaren ho no apertaren fasta que se ayunten en uno, e si ansi no fizieren, elos alcaldes sean perjuros e pechen X maravedis al obispo o al que tovier - sus vazes. E el pariente que la anparar, peche diez maravedis al - marido, cada dia de trasnochar en casa del pariente" (70).

No realizaremos, ya lo hemos dicho, ningún comentario ulterior sobre estos textos (71)

---

(70) Aparece con toda claridad en este precepto el hecho de que -- el poder civil no cuestiona en absoluto la competencia del - poder religioso en materia matrimonial. El aparato represivo para evitar el abandono de familia, se pone en marcha por el obispo "o el que tovier sus vazes", aunque utilizando los instrumentos del poder secular. Por otra parte, es destacable de este precepto, la mención de las dos formas de matrimonio --- ("de benición o de juras") si establecer ninguna distinción; - de seguir la postura de SANCHEZ ROMAN, el matrimonio de juras sería un matrimonio civil, y entonces ¿como explicar la inter

Prosiguiendo esta rápida enumeración, meramente a título de ejemplo, podemos citar el Fuero Real, cuyo título I, libro III - lleva como encabezamientos "De los casamientos". La enumeración de los encabezamientos de las leyes que componen este título, será suficiente para hacerse una idea general de su contenido, que es lo único que ahora pretendemos.

Ley I - No lleva encabezamiento. Haremos referencia a su contenido más adelante.

Ley II - Como la muger que casare sin licencia de los hermanos, no debe ser desheredada.

Ley III - Como la muger viuda, ò que haya tenido amigo, ò - señor, si casare sin licencia de los parientes, no puede ser desheredada.

Ley IV - Como toda muger viuda puede casar sin licencia de su padre, ò madre.

Ley V - Como la moza en cabello que casáre sin licencia de su padre, ò madre, no les succede.

Ley VI - Como la moza que estuviera en poder de los parientes, si la no casaren fasta treinta años, pueda casar sin pena.

---

vención del obispo en su protección?.

- (71) Puede verse un completo comentario de un ilustre historiador y canonista en: El Fuero de Coria. Estudio Histórico - Jurídico, por José MALDONADO Y FERNANDEZ DEL TORCO, Transcripción y fijación del texto Emilio SAEZ, Madrid, 1949.

Ley VII - Como ninguno sea osado de casar contra los Mandamientos de la Sancta Iglesia.

Ley VIII - Que ninguno sea osado de casar, seyendo su muger viva.

Ley IX - Como antes de la copula carnal habida, el marido, ò la muger pueden entrar en religion.

Ley X - Como el matrimonio de futuro se desfaze por el matrimonio de presente.

Ley XI - Como ninguna muger pueda casar con otro, fasta ser certificada de la muerte del otro primer marido.

Ley XII - Como ninguno puede casar con la muger que conoció viviendo la suya.

Ley XIII - Como la muger viuda no puede casar ante dël año.

Ley XIV - Como ninguno case con la moza en cabello, sin licencia de su padre, ò madre.

Al margen de la manifestación expresa de acatamiento a la -- legislación canónica, en las Leyes I y VII, se desprende de la lectura del Título completo un respeto general al sistema de la Iglesia católica.

Junto a las regulaciones amplias, valga la expresión, de di-



versos aspectos del matrimonio, también aparecen alusiones muy - específicas o aspectos muy concretos, en diversos cuerpos, así - por ejemplo la Ley LXII de las Leyes de Estilo relativa a la prueba del adulterio, o la tan citada Ley XLIX de Toro (1505) (72), - que supone una muy clara remisión expresa al ordenamiento canónico para la calificación de un matrimonio como clandestino.

Pondremos punto final a este brevísimo epígrafe con un análisis, algo más detallado, de dos disposiciones: la Ley de partidas y la Real Cédula de 12 de julio de 1564.

La partida cuarta lleva como título: "Que fabla de los desposorios, e de los casamientos".

Se abre esta partida con el reconocimiento del origen divino de la institución matrimonial (73).

Su primer Título viene dedicado a la regulación de los desposorios, que son "...el prometimiento que fazen los omes por palabra quando quieren casar..." (74); no entraremos en su análisis - por ser tema de escaso interés ahora.

El segundo título está dedicado a los casamientos; la defini-

---

(72) "Mandamos que el que contragiere matrimonio que la Iglesia - tuviere por clandestino con alguna muger, por el mismo hecho él y los que en ello intervinieren y los que de tal matrimonio fueren testigos, incurran en perdimiento de todos sus bienes, et sean aplicados á nuestra Cámara, y sean desterrados de estos nuestros reinos, en los quales no entren, sopeña de muerte: y que esta sea justa causa para que el padre - y la madre puedan desheredar, si quisieren á sus hijos o hijas que el tal matrimonio contraxeren: lo cual otro ninguno

ción que se da de casamiento tiene un indudable sabor romano: "Matrimonio es ayuntamiento de marido, e de muger, fecho con tal entención de beviz siempre en vno, e de non se departir; guardando lealtad cada vno dellos al otro, e non se ayuntando al varon a -- otra muger, nin ella a otro varon, biviendo ambos a dos" (75), y su origen es consensual (76). El resto del título está dedicado, -- prácticamente en su totalidad, a las causas que hacen nulo el matrimonio, la coincidencia en este punto con el ordenamiento canónico es prácticamente total.

El título III está dedicado monográficamente a los "casamientos que se refazen encubiertos"; es éste uno de los problemas que más preocupa al legislador secular en materia matrimonial. La falta de seguridad jurídica que supone el hecho de que pueden existir matrimonios válidos no conocidos en el fuero externo, es, tal vez, uno de los mayores puntos de fricción entre el ordenamiento secular y el religioso, hasta que el Derecho Canónico pasa a reconocer la necesidad de una forma ad validitatem (77).

---

no pueda acusar sino el padre, y la madre, nuestro el padre".

(73) "...que fue fecho, e ordenado por Dios mismo en el Parayso..."

(74) P. 4, 1, 1

(75) P. 4, 2, 1

(76) ("Consentimiento solo, con voluntad de casar ,faze matrimonio..." (P. 4, 2, 5)

(77) Algunas precisiones a este respecto pueden verse en ACUÑA, -- Sara, La forma del matrimonio hasta el Decreto "Ne temere", "Ius Canonicum", vol XIII, nº 25, enero-junio 1973, págs. -- 137-192.

Distingue tres tipos de matrimonios "ascondidos": 1- Cuando se realiza encubiertamente y sin testigos. 2- Cuando se celebra sin autorización del padre o de la madre y "nin le dan sus arras ante ellos, nin les fazen las otras onrras que manda Santa Egle-  
sia" y 3- Cuando no se comunica a su parroquia (78).

Respecto a la posible nulidad de los matrimonios clandestinos, la Ley II de este mismo título es lo suficientemente clara como para que baste con su transcripción.

"Levantandose desacuerdo entre el marido, e la muger, que -  
fuessen casados ascondidamente, si aquel que se partiesse del otro casasse despues con otro, o con otra a paladinas, judgaria Santa -  
Eglesia, que valiesse el segundo casamiento, e non el primero. Co-  
mo quiez que el primero sea verdadero, e vala quanto a Dios, e a--  
quellos quel fizieron. E esto seria, por la razon que es dicha en -  
la fin de la ley ante desta. Otrosi, confessando, e conociendo --  
manifiestamente, que eran marido e muger, algunos de los que dixi-  
mos que avian casado en ascondido; vale su confession, o su conos-  
cencia: e deven los tener parende por marido, e por muger. Fuera-  
ende, si despues desto apareciesse alguno, o alguna, que dixesse -  
que era casado, o casada con a guno dellos primero; e lo provasse  
segund manda Santa Eglesia. Ca estonce la conoscencia non embarga  
ria el casamiento que assi fuesse provado. E como quier que tal -  
conoscencia vala, para durar el casamiento, segund que es sobred<sup>i</sup>  
cho; si algunos fiziessen otra conoscencia para se departir, como

si dixessen que eran parientes, o cuñados, o otra cosa semejante; non valdría, a menos de lo provar, o a menos de ser tal fama en la mayor parte de la vezindad, que assi era como ellos conoscieran. Pero si alguno destos cassados confesasse que fiziera adulterio, en tal razon seria creyda la conoscencia. E esto es, porque por tal conoscencia non se desfaze el matrimonio del todo, salvo e quanto a non se ayuntar carnalmente".

Es decir tales matrimonios son válidos, pero como el poder secular trata de evitarlos establece algunas sanciones -nunca la nulidad, es obvio- en las siguientes Leyes de este Título.

El Título IX señala la jurisdicción competente para declarar la nulidad o separar un matrimonio, y en ello se insiste en el Título X.

El Título XII establece que "Casamentar... pueden los omes e las mugeres, dos vegadas o mas, despues que fuere departido el primero matrimonio por algun embargo derecho, o por muerte..." (79)

El Título XIV regula la barragña, y los títulos XIII y XV y ss. constituyendo lo que podríamos llamar -con un amplísimo criterio- derecho de filiación y hereditario.

Creemos, pues, que de la Cuarta partida se puede deducir la siguiente idea. La cuarta partida pretende ser una regulación bas

tante amplia del Derecho de familia, aún a pesar de que tal pretensión no entra nunca en aspectos de fondo (clase) del matrimonio, e incluso sus alusiones a las formalidades (forma) son escasas. La Ley de partidas respeta, en lo substancial, la legislación eclesiástica sobre la materia; ello se desprende, no sólo de algunas alusiones a la Iglesia, sino del tenor general del texto.

En un análisis, aún brevísimo como el presente, de la Legislación estatal en materia matrimonial, es necesario aludir a la Real Cédula de 12 de julio de 1564 (Novísima, 1, 1, 13).

El texto completo de tal Real Orden es el que sigue: "Cierta y notoria es la obligación que los Reyes y Principes cristianos -- tienen á obedecer, guardar y cumplir, y que en sus Reynos, Estados y Senorios se obedezcan, guarden y cumplan los decretos y mandamientos de la Santa Madre Iglesia, y asistir, ayudar y favorecer á el efecto y execución y á la conservación de ellos, como hijos obedientes y protectores y defensores de ella, y la que ansimismo por la misma causa tienen el cumplimiento y execución de los Concilios --- universales que legítima y canónicamente, con la autoridad de la -- Santa Sede Apostólica de Roma, han sido convocados y celebrados: -- La autoridad de las quales Concilios universales fue siempre en la Iglesia de Dios de tanta y tan grande veneración, por estar y representarse en ellos la Iglesia Católica y universal, y asistir á su -- dirección y progreso el Espíritu Santo. Uno de los quales Concilios ha sido y es el que últimamente se ha celebrado en Trento, el qual primeramente á instancia del Emperador y Rey mi Señor, después de --

muchas y grandes dificultades fué indicto y convocado por la felice memoria de Paulo III. Pontífice Romano, para la extirpación de las heregías y errores que en estos tiempos en la cristiandad tanto se han extendido, y para la reformation de los abusos, excesos y desórdenes, de que tanta necesidad había. El qual Concilio fué en vida del dicho Pontífice Paulo III comenzado, y después con la autoridad de la buena memoria de Julio III se prosiguió, y últimamente con la autoridad y bulas de N.M.S.P. Pio IV se ha continuado y proseguido hasta se concluir y acabar; en el qual intervinieron y concurrieron de toda la cristiandad, y especialmente de estos nuestros Reynos, tantos y tan notables Prelados, y otras muchas personas de gran doctrina, religión y exemplo; asistiendo asimismo los Embaxadres del Emperador nuestro tio y nuestros, y de los otros Reyes y Principes, y Républicas y Potentados de la cristiandad: y en el con la gracia de Dios y asistencia del Espíritu Santo se hicieron en lo de la Fe y Religión tan santo y tan católicos decretos; y asimismo se hicieron y ordenaron en lo de reformation muchas cosas muy santas y muy justas, y muy convenientes y importantes al servicio de Dios nuestro Señor y bien de su Iglesia, y al gobierno y policía eclesiástica. Y ahora habiéndonos S.S. enviado los decretos del dicho Santo Concilio impresos en forma auténtica, nos como Rey Católico, y obediente y verdadero hijo de la Iglesia, queriendo satisfacer y corresponder a la obligación en que somos, y siguiendo el exemplo de los Reyes nuestros antepasados, de gloriosa memoria, habemos aceptado y recibido y aceptamos y recibimos el dicho sacrosanto Concilio; y queremos, que en estos nuestros Reynos sea guardado, cumplido y executado; y daremos y prestaremos para la dicha execución y cumplimiento, y para la conservación y defensa de lo en él ordenado nuestro --

ayuda y favor, interponiendo á ello nuestra autoridad y brazo Real, quanto será necesario y conveniente. Y así encargamos y mandamos á los Arzobispos y Obispos y á otros Prelados, y á los Generales, -- Provinciales, Piores, Guardianes de las Ordenes, é á todos los -- demás á quienes esto toca é incumbe, que hagan luego publicar é pu bliquen en sus Iglesias, distritos y diócesis, y en las otras partes y lugares do conviniere, el dicho Santo Concilio; y lo guarden y cumplan y hagan guardar, cumplir y executar con el cuidado, zelo y diligencia que negocio tan del servicio de Dios y bien de su Igle sia requiere. Y mandamos á los del nuestro Consejo, Presidentes de las nuestras Audiencias, y á los Gobernadores, Corregidores é á -- otras qualesquier Justicias, que den y presten el favor y ayuda -- que para la execución y cumplimiento de dicho Concilio y de lo orde nado en él será necesario; y Nos ternemos particular cuenta y cuida do de saber y entender como lo suso sícho se guarda, cumple y exe-- cuta, para que en negocio, que tanto importa al servicio de Dios y - bien de su Iglesia, no haya decuido ni negligencia" (80). Numerosos comentarios podría suscitar el texto de la Real cédula de Felipe II, y no podemos detenernos en ello. (81) Desde nuestra perspectiva solo cabe decir que supone la integración en el ordenamiento jurídico estatal de los cánones tridentinos, y más específicamente: la recap ción en el ordenamiento estatal de la regulación matrimonial de Tren to.

---

(80) El subrayado es nuestro.

(81) ¿Es tal integración voluntaria o forzosa?. La expresión: "Que- riendo satisfacer y corresponder á la obligación en que somos", ¿se refiere a una obligación jurídica o moral?, ¿es tal dis- tinción posible en el XVI?.

Nuestra civilística ha destacado tal fecha con especial relieve (82), no discutiremos la indiscutible importancia de la -- Real Cédula, pero ¿es el primer ejemplo de una adopción, expresa, de la regulación canónica en materia matrimonial?: Estimamos que no, basten dos ejemplos para probar nuestro aserto.

Un ejemplo es próximo, anterior a la Real Cédula de 1564, y el objeto es el mismo: la normativa tridentina. El firmante del -- precepto, el mismo Felipe II. Nos referimos a la Real Cédula expedida por el Principe Don Felipe, por ausencia de Carlos I, en 27 de octubre de 1553, en la que manda observar lo prescrito en el -- Concilio de Trento.

Un segundo ejemplo sería la Ley I del Libro III del Fuero Real, que dice: "Establecemos, é mandamos, que todos los casamientos se -- fagan por aquellas palabras que manda la Santa Iglesia..."

Es bien cierto que la pretensión de esta Ley I es evitar los matrimonios clandestinos, pero el método empleado para evitar tales matrimonios (que, sin duda, plantean graves problemas de seguridad jurídica) es una clara remisión expresa a la regulación canónica.

---

(82) No queremos ser reiterativos en exceso, mencionemos solo dos ejemplos. LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis, Derecho de Familia, cit., pág. 27. ESPIN, Diego, Manual..., cit., vol. IV., pág. 22.



Se puede afirmar, y no sería inexacto, que tal remisión es solo a la forma del matrimonio, pero no al fondo, a tal hipotética objeción responderemos con una pregunta a la que ya dimos respuesta con anterioridad ¿es que el poder civil, tenía la más mínima sospecha de que alguien distinto a la Iglesia puede regular el fondo del matrimonio?.

Como resumen de la exposición que antecede diremos:

1- La diferencia entre clase y forma es cuestión sin sentido en la época analizada.

2- El concepto "sistema matrimonial", es concepto inexistente en nuestro ordenamiento hasta el siglo XIX.

3- El legislador estatal no muestra ninguna pretensión de regular el fondo del matrimonio.

4- El legislador estatal acata la regulación eclesiástica en materia matrimonial, ya explícita ya implícitamente.

5- La primera fecha clave en la historia del sistema matrimonial estatal es el 18 de junio de 1870.

b - La primera ley moderna en materia de sistema matrimonial: Ley de 1870. Su desarrollo y derogación.

Como consecuencia de la Revolución de 1868, y su cristalización jurídica en la Constitución de 1869, se promulga la Ley de 18 de junio de 1870 que introduce en España -por primera vez- la figura del matrimonio civil. En el ámbito del Derecho Canónico la figu

ra del matrimonio está ya claramente tipificada. Por lo tanto en 1870 se dan los requisitos para hablar de sistema matrimonial.

Los juicios de esta disposición por la doctrina posterior no es muy favorable, se ha dicho de ella que "...emborrona las páginas de nuestro Derecho Matrimonial patrio..." (83) que "... provocó muchas y muy hondas perturbaciones en las familias y en la moralidad pública..." (84), que "... chocaba... con las tradiciones patrias y con el ambiente social..." (85), que "...hacia tabla rasa del régimen anterior con un criterio rabiosamente secularizador..." (86)

También se habla "... de los graves estragos que causara en menos de un quinquenio de vigencia..." (87).

También el método que se siguió para aprobarla ha sido criticado y calificado como "Travesura de Ruiz Zorrilla" (88).

---

(83) ESCUDERO ESCORZA, Fernando, Matrimonio de acatólicos en España, Vitoria, 1964, pág. 13.

(84) HERNANDEZ ASCO, Miguel, Problemas latentes en el sistema Matrimonial Español, Valladolid, 1964, pág. 11.

(85) CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho Civil... cit., Tomo quinto, pág. 124.

(86) DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El Matrimonio como contrato civil, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Febrero 1976, pág. 94.

(87) DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema matrimonial español. (Comentario al artículo 42 del Código Civil), Madrid, 1959, - pág. 6.

(88) DE FUENMAYOR describe esta "travesura" con las siguientes pa-

Independientemente de cual sea el juicio de la doctrina, un análisis detenido de la Ley provisional de Matrimonio Civil de 1870 merece ser hecho.

Mediante Ley de 18 de junio de 1870 (publicada el día 21), el Regente D. Francisco Serrano y Domínguez manda publicar "...como ley provisional el proyecto de la de matrimonio civil presentado a las Cortes, sin perjuicio de las alteraciones que las mismas tuvieran por conveniente hacer en él en su discusión definitiva..." (89).

Se transforma así el proyecto de Ley en Ley.

Enfrentado el legislador con la tarea de regular la institución matrimonial, volvió sus ojos -sin duda- a la regulación más acabada de dicha institución, a una regulación plurisecular: la canónica. Un somerísimo análisis de la Ley provisional permite --

---

labras, que nos resistimos a no transcribir: "...el proyecto de matrimonio civil se votó casi por sorpresa y escamoteo -- (que los periódicos llamaron travesura), después de una pobrísima discusión. La travesura tuvo lugar en la sesión de 24 de mayo, que constituye una página poco honrosa del parlamentarismo español. Lo ocurrido fué que, a instancias del Presidente, el diputado García San Miguel interrumpió el discurso que estaba pronunciando aquella tarde sobre un tema muy alejado, -- por cierto, de la discutida cuestión matrimonial. El diputado trataba en su larga disertación, de oponerse a un proyecto de ley municipal y provincial. Ruiz Zorrilla le pidió, amablemente, que suspendiera por breve tiempo su discurso para proceder a la aprobación de varios proyectos de ley. En aquél momento los diputados presentes en el salón de sesiones no llegaban a treinta. El secretario encargado de la lectura cumplió su tarea en voz tan tenue que ni las tribunas se dieron cuenta de que se trataba del proyecto de ley que autorizaba al Gobierno para publicar, como leyes provisionales, los proyectos presentados por el Ministro de Gracia y Justicia, y entre -- ellos el relativo al matrimonio civil. Así queda definitivamente aprobado, por el descuido de los diputados de la oposición y por la habilidad de Ruiz Zorrilla, que --logrado su intento--

llegar a tal conclusión. El matrimonio es perpetuo e indisoluble (artº 1º), no existe acción para obligar al cumplimiento del contrato de esponsales (artº 3º), impedimento de edad (artº 4º, primero), uso de razón (artº 4º, segundo), impedimento de impotencia (artº 4º, tercero), impedimento de vínculo (artº 5º, primero), impedimento de orden y voto solemne (artº 5º, segundo), impedimento de consaguinidad (artº 6º, primero), impedimento de crimen (artº 6º, octavo), posibilidad de dispensas de los impedimentos (sección segunda del capítulo II), formalidades necesarias para su validéz (capítulo IV), etc...

Sin embargo ninguno de aquellos preceptos tiene especial interés para nosotros. El precepto clave a nuestros efectos es el artículo 2º:

"El matrimonio que no se celebre con arreglo á las disposiciones de esta ley, no producirá efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes".

En este precepto se establece, por primera vez en la historia del ordenamiento jurídico español, un sistema de matrimonio civil obligatorio. Si este extremo es de notabilísima importancia, tal vez la tenga aún mayor el hecho de que con esta ley se "construya" por primera vez la figura de "matrimonio civil".

De la lectura de la doctrina, ya citada, que comenta la ela-

---

solicitó amablemente de García San Miguel prosigiera su interrumpido discurso de oposición a la ley municipal y provincial" DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El matrimonio..., cit, págs. 97 y 98.

boración, puede deducirse que en el caso presente nos encontrábamos en un supuesto de desajuste entre normativa jurídica y realidad social. La sociedad española no era propicia a la secularización de la institución matrimonial. Es muy probable que los impulsores del proyecto no quisieran apartarse, tampoco, de la doctrina eclesiástica; las siguientes palabras del Ministro MONTERO RIOS (90), tal vez sirvan de prueba de tal afirmación: "si yo creyera", si sospechara siquiera, con la sinceridad de mi fé religiosa, que el proyecto de matrimonio civil se opone en manera alguna a las creencias que profeso, y que pienso profesar toda mi vida; si yo creyera que el matrimonio civil adolecía de tendencias anticatólicas, siquiera fuese en su espíritu o en la más remota de sus consecuencias, yo lo declaro, Sres. Diputados, yo no le defendería, yo abandonaré este puesto, y abandonaré la Cámara, y me retiraría al hogar de la vida privada antes que dar un voto que lastima se mi conciencia religiosa" (91). Nada permite dudar de la sinceridad de tales palabras, y menos motivo de duda se plantea si analizamos algunos preceptos de tal disposición que pretenden mostrar el respeto hacia la religión católica (92) (y no nos referimos aquí

---

(89) Artículo 1º

(90) Recordemos que MONTERO RIOS, uno de los principales impulsores de la Ley, fué sucesivamente catedrático de Disciplina - Eclesiástica en las Universidades de Oviedo y de Santiago de Compostela, y de Derecho Canónico en la Central. Puede encontrarse una amplia biografía de MONTERO RIOS, en GRAHIT FERRER, Enrique, La indisolubilidad del Matrimonio civil según los liberales españoles, Pamplona, 1976 (Tesis Doctoral inédita), - págs. 43 y ss.

(91) Diario de sesiones, Núm, 269, 29 de abril, pág. 7564, citado en DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El matrimonio..., cit., pág. 97.

(92) Vid. CASTAN TOBEÑAS, José Derecho civil... cit., Tomo quinto, págs. 124 y ss.

a las similitudes con la legislación canónica motivadas por razones técnicas, y a las que se aludió más arriba). En concreto, en el artículo 1º se declara la perpetuidad e indisolubilidad del -- vínculo (93) invocando el Derecho Natural. El punto segundo del -- artículo 5º, señala la prohibición de contraer matrimonio civil -- por parte de "los católicos que estuvieren ordenados in sacris o que hayan profesado en una orden canónicamente aprobada, haciendo voto solemne de castidad, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente licencia canónica", prohibición que no sólo supone un respeto a la religión católica, sino --y, tal vez, es más -- importante-- supone un reconocimiento, siquiera parcial, de la fuerza de obligar de la legislación canónica, pues hay una remisión del ordenamiento civil al canónico en cuanto al establecimiento y dispensa de un impedimento. Y por último el artículo 34 que indica -- que "los contrayentes podrán celebrar el matrimonio religioso antes, después o al tiempo del matrimonio civil". Precepto innecesario -- para lograr la meta propuesta: autorizar la celebración de matrimonios canónicos; ya que la simple no prohibición hubiera bastado; a pesar de ello el legislador lo señala en el texto legal y es una -- prueba más de su respeto a la religión católica.

No podemos extendernos más en el análisis de la Ley de 1870 -- digamos en resumen que se trata de la primera norma en la que se -- introduce en España el matrimonio civil, pero que ello se hace con un notable respeto, llegando a reconocerle efectos jurídicos, ha--

---

(93) "El matrimonio es por naturaleza perpétuo e indisoluble".

cia la legislación canónica.

Toda norma legal exige un posterior desarrollo en disposiciones de rango inferior; como consecuencia de la Ley de matrimonio civil se producen, necesariamente, algunas normas que tratan de aplicarla. A continuación realizaremos un análisis -somerísimo, -poco más que una mención- de tales normas.

La primera norma en la que se menciona la Ley de 18 de junio de 1870 es, curiosamente, del día anterior; nos referimos a la -- Ley provisional del Registro Civil de 17 de junio de 1870, en la que se regula todo lo relativo a la inscripción de matrimonios en los artículos 66 al 74, haciéndose mención expresa a la Ley de matrimonio civil en el artículo 66.

Una Real Orden de 11 de enero de 1872, emanada de la "Dirección General de los Registros Civil y de la propiedad y del Notariado", resuelve un problema surgido como consecuencia de la falta de aplicación de la Ley de Matrimonio Civil en algunos supuestos. El supuesto de hecho es claro, la pregunta es concreta ¿con qué carácter deben de inscribirse los hijos habidos de un matrimonio celebrado canónicamente con posterioridad a la Ley de 1870?. La -- respuesta es concisa "El Rey... se ha servido resolver que los hijos habidos de matrimonio solamente canónico deben inscribirse en el Registro bajo la denominación de hijos naturales". En realidad es claro que la Real Orden se limita a aplicar escrupulosamente -- la legislación en vigor: solo el matrimonio civil produce efectos civiles.

Si la Real Orden del 72 se limita a aplicar, sin modificarla, la Ley de Matrimonio Civil, un Decreto del siguiente año podemos afirmar que modifica la Ley del 1870; nos referimos al Decreto del 1 de mayo de 1873 del Ministerio de Gracia y Justicia, y ello a pesar de que en el preámbulo del Decreto se diga textualmente --- "...cuyo objeto [del Decreto] ha de limitarse a establecer la verdadera inteligencia de algunas prescripciones legales, no siempre bien comprendidas, aclarando el sentido de otras y dictando algunas que faciliten su ejecución...".

Esta primera norma republicana, y prácticamente única, relativa al sistema matrimonial, bajo pretensiones, enunciadas en el preámbulo, meramente aplicadoras, y restringida al ámbito registral, realiza un cambio muy importante en el sentido de secularizar la institución matrimonial. En efecto: en su artículo 8º, el Decreto del 73 afirma: "Lo establecido en las prescripciones del artº. 48 del reglamento respecto del impedimento del núm. 2º, artº 5º de la Ley de Matrimonio civil, no podrá aplicarse en el caso de que el interesado manifieste por escrito, ante la Autoridad judicial, que ha dejado de pertenecer a la Iglesia Católica..."

GARCIA CANTERO señala que "...El único punto de conexión con la legislación canónica [de la Ley de 1870], puede decirse que es la admisión de la ordenación sagrada y de la profesión solemne como impedimentos no dispensables por el Gobierno (art. 5º, núm 2); pero el artº 8º del Decreto de 1º de mayo de 1873 restringió bastantes su alcance al disponer que tales impedimentos no se aplicarán "en el caso de que el interesado manifieste por escrito ante --



la Audiencia Judicial que ha dejado de pertenecer a la Iglesia Católica" (94). Creemos que el Decreto va más lejos de una simple restricción, el Decreto republicano suprime, lisa y llanamente, el impedimento de orden y el <sup>de</sup> voto solemne. Si se pueden inscribir como hijos legítimos los habidos en matrimonios contraidos subsistiendo un impedimento (dirimente), el impedimento queda vacío de contenido. Tema distinto sería discutir si el artículo 8 del Decreto del 73 es legal o no -si un simple Decreto puede derogar una Ley- pero si lo es, el artículo 5º, nº 2º de la Ley de 1870 ha quedado derogado.

Es bien cierto que exige una declaración de acatolicidad, es bien cierto que cabría decir que el impedimento del artículo 5-2 sigue vigente para los católicos, pero si un profeso u ordenado ha violado la normativa canónica contrayendo matrimonio civil, resultaría insólito que se retrayese ante una declaración de acatolicidad.

Un último aspecto del artículo 8º del Decreto de 1873 merece ser destacado, Por primera vez se plantea el tema de la acatolicidad, tema que a partir del Código Civil quedará centrado en la expresión "profesar la religión católica" y constituirá el eje de nuestra tesis. Se produce en el Decreto del 73 la primera interpretación de este concepto. El término "católicos" del punto 2º de la

---

(94) GARCIA CANTERO, Gabriel, El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español, Roma-Madrid, 1959, pág. 12.

Ley del 1870 queda transformado mediante el artículo 8º del Decreto de 1873 en "no manifestar por escrito, ante la Autoridad judicial, que se ha dejado de pertenecer a la Iglesia católica".

Con este Decreto quedaba, pues, borrado uno de los elementos fundamentales para permitir hablar de respeto por la legislación canónica en la Ley de 1870. No queremos decir que la supresión de los impedimentos de orden y de voto solemne implique necesariamente una falta de respeto, pero, por lo menos, indica una tendencia en ese sentido.

Sin embargo más adelante, y aún dentro de la I República, se produce un Orden de 20 de junio de 1874, que supone un importante reconocimiento del matrimonio canónico. La brevedad y claridad de la misma aconsejan su transcripción textual:

"En vista de las comunicaciones dirigidas a esta Dirección general por los Jueces municipales de Castromonte y Carlet en 10 y 19 de último Abril, consultando si podrían acordar la celebración de los matrimonios civiles que intentaban contraer con distintas personas algunos unidos ya con matrimonio canónico después de 1870:

Considerando que, según el núm 1º del art. 5º, no pueden contraer matrimonio los que se hallen ligados con un vínculo matrimonial no disuelto legalmente.

Considerando que a pesar de negarse en dicha ley efectos civiles al matrimonio canónico, no por eso dejará de ser un vínculo

digno de respeto, y comprendido por lo tanto en el espíritu del ar  
tículo citado:

Considerando, que con arreglo a las disposiciones del Código  
penal, la celebración del segundo matrimonio, no disuelto el pri-  
mero, constituye un delito:

Considerando que, además de las disposiciones a que se alude  
anteriormente, y si sólo hubiera de consultarse el pudor y las --  
buenas costumbres, la celebración del segundo matrimonio, en el -  
caso de la consulta, también será un delito castigado expresamen-  
te en el Código, por constituir un hecho de grave escándalo y tras-  
cendencia:

Oído el Consejo de Estado, y de conformidad con su dictamen:

El Presidente del Poder Ejecutivo de la República se ha ser-  
vido resolver que no puede celebrarse el matrimonio civil cuando -  
los contrayentes se hallan ligados por un matrimonio canónico no -  
disuelto legalmente".

Creemos que esta Orden es de trascendental importancia, tal -  
vez sea cierto "...que fué motivada por la enorme resistencia del  
pueblo al cumplimiento de aquella Ley [la de Matrimonio civil de  
1870] " (95) ; pero independientemente de cual sea su causa es un  
hecho que introduce notables cambios.

Es bien cierto que el artículo 5-1 de la Ley de 1870 estable

ce la prohibición de contraer matrimonio para "Los que se hallen ligados con vínculo matrimonial no disuelto legalmente", pero es aún más cierto que el artículo 2º de la citada Ley establece que "El matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta Ley, no producirá efectos civiles...". Y en el caso de la presente Orden se concede un importante efecto civil (el que haga surgir el impedimento de ligamen del artículo 5-1), a matrimonios contraídos -con posterioridad al 18 de junio de 1870- violando la normativa en vigor, violación que en principio, supondría la inexistencia-en el orden civil- de tal matrimonio.

De ser legal (y volvemos, una vez más, al tema de la nulidad de disposiciones que violan otras de rango superior) esta Orden -podemos decir que el sistema de matrimonio civil obligatorio iniciado el 18 de junio de 1870 finaliza el 20 de junio de 1874. :

Las invocaciones, en la Orden comentada, a la legislación penal carecen del más mínimo valor a efectos de determinar la eficacia civil de tales matrimonios.

Este proceso iniciado en la República, proceso encaminado al establecimiento de un sistema matrimonial mixto, se ve acelerado con el pronunciamiento de MARTINEZ CAMPOS, de 29 de diciembre de 1874 que restaura la monarquía en la persona de ALFONSO XII.

---

(95) GARCIA CANTERO, Gabriel, El vínculo..., cit., pág. 12.

Un mes más tarde se promulga la primera norma relativa al sistema matrimonial, nos referimos al Decreto de 22 de enero de 1875, Decreto que en opinión de CASTAN fué "...dictado por el Ministerio Regencia... para poner fin a las situaciones irregulares creadas por la ley de Matrimonio civil..." (96) independientemente del contenido de este Decreto, lo importante es la tendencia que marca.

El contenido de este Decreto podría afirmarse que se limita a derogar la Real Orden de 11 de enero de 1872, estableciendo que podrán inscribirse como legítimos los hijos de matrimonio canónico independientemente de la fecha en que se contraiga (artículos 1º, 4º y 6º), y la posibilidad de que aquéllos que se inscribieron como naturales, en cumplimiento de la Real Orden de 1872, puedan pasar a inscribirse como legítimos (artículo 3º). Lo más importante, a nuestros efectos, no es que derogase la Real Orden de 1872, sino que concediese el carácter de legítimos a los hijos de un matrimonio que sería inexistente de aplicarse la legislación aún vigente: la Ley de 1870. Así pues el matrimonio canónico, que produce efectos civiles, hace surgir, por una parte, el impedimento de vínculo (Orden de 20 de junio de 1874), y los hijos nacidos de tal matrimonio son legítimos (Decreto de 22 de enero de 1875).

Pero decíamos que, más importante que el propio Decreto, es la tendencia que marca. Analicemos el preámbulo del Decreto: por una parte se afirma que la R.O. de 11 de enero de 1872 -y por lo tanto la Ley de matrimonio civil de la que es mero desarrollo- "...ha lastimado profundamente la dignidad del matrimonio católico

---

(96) CASTAN TOBEÑAS, José Derecho Civil..., cit, Tomo quinto pág. 124.

suscitando continuas perturbaciones en la familia y en la sociedad", para más adelante anunciar que "El Gobierno... se ocupa con preferencia en la reforma de la ley de Matrimonio civil...", cuya misión será "... [conciliar] los derechos de la Iglesia con los del Estado... [y] reconocer en el matrimonio católico todos los efectos ...", apoyando estas modificaciones en el "...incesante clamor de la opinión pública...".

Y en efecto la reforma anunciada en enero de 1875 tiene lugar el mes siguiente mediante el Decreto de 9 de febrero de 1875 publicado el día 10.

Una vez más el preámbulo es, tal vez, más importante que la propia articulación, se ha dicho que en este preámbulo "...se encuentra ya el germen de la fórmula transaccional ideada por ALONSO MARTINEZ, y que pasó a constituir el texto del artículo 42" (97) - solamente esto sería buena prueba de su importancia en el contexto de nuestra tesis.

En el primer párrafo del preámbulo se ataca a la Ley de 1870, en razón de que se aparta de la conciencia social, ya que la religión católica es la que "... con pocas excepciones profesa la Nación española". Una afirmación de este primer párrafo (98) puede - llevar a la conclusión, errónea, de que el Decreto se muestra fa--

---

(97) DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit., pág. 7.

(98) "...Nuestros Monarcas, rindiendo justo tributo á la fé religiosa de los españoles, se habían limitado a sancionar con su autoridad en el orden civil el matrimonio instituido por Dios y regularizado por la Iglesia...".

vorable a un sistema de matrimonio canónico obligatorio; veremos que tal impresión sería falsa.

Más adelante señala, como, justificación de un sistema matrimonial que favorezca al matrimonio canónico, el hecho de la existencia de una confesionalidad -católica- sociológica (99).

En el tercer párrafo aduce como una causa más de modificación de la Ley de 1870, la seguridad jurídica, ya que la Ley de 1870 -- había sido sistemáticamente incumplida.

El método para lograr tales fines será -según- indica el --- preámbulo del Decreto -la concesión de efectos civiles al matrimonio canónico (recordemos que algunos efectos ya le habían sido concedidos por la Orden de 20 de junio de 1874 y por el Decreto de 22 de enero de 1875).

La intervención del Estado a efectos registrales y la retroactividad del Decreto en algunos aspectos con respecto a los matrimonios exclusivamente canónicos durante la vigencia de la Ley de 1870, son objeto de la atención del preámbulo.

Pero son los tres últimos párrafos del Preámbulo los que más interesan aquí. Se señala la permanencia, junto al matrimonio canónico, del matrimonio civil según la regulación de 1870. Pero ¿quienes podrán contraer matrimonio civil?. El preámbulo responde: "... los que no profesando la religión de nuestros padres [debe entenderse la católica]...". Aparece así en nuestra legislación la ex-

---

(99) Vid. VARIOS, Derecho Canónico, cit., págs. XXX-7 y XXX-8.

presión que hará correr ríos de tinta durante el siguiente siglo (y a los que estas páginas contribuyen con algunas gotas). Pero ¿cual es el significado exacto?. Como ha señalado GARCIA CANTERO, "...no aparece con claridad qué personas están sujetas a la forma civil..." (100); del preámbulo se puede desprender una interpretación muy restrictiva, ya que habla de los que "...estén imposibilitados de santificarlo con el sacramento", o bien que "...cesará el matrimonio civil para todos los que puedan contraer el canónico...". Pero la impresión contraria puede deducirse si fijamos — nuestra atención en otros puntos del Decreto; así por ejemplo cuando habla de "...[no obligar] a los malos católicos..."; y más claramente en el párrafo destinado a restablecer el impedimento de orden y de voto solemne, ya que en él se afirma que no será suficiente, para que los ordenados o los que han hecho voto solemne puedan contraer matrimonio civil, el que "...declarasen haber abjurado de la fé católica...". Luego, a "sensu contrario", sí bastará tal declaración para que contraigan matrimonio los laicos que no hubiesen hecho voto solemne.

El articulado del Decreto, de menor extensión que el preámbulo nada añade de importancia a lo dicho hasta ahora, y en especial nada añade sobre el contenido del término profesar.

En resumen el Decreto concede efectos civiles al matrimonio canónico (artículo 12), y regula un matrimonio civil (artículo 52);

---

(100) GARCIA CANTERO, Gabriel, El vínculo..., cit., pág. 14.



tenemos pues, ya los elementos necesarios para hablar de sistema matrimonial, ya que la "tensión entre ambos está garantizada por el término "profesar", de difícil interpretación; de la interpretación que se le de dependerá, en gran medida, hacia que fórmula se descanta el sistema matrimonial español.

El desarrollo, en el aspecto regitral, del Decreto de febrero se realiza en la instrucción mandada publicar por la Real Orden de 19 de febrero de 1875; de la que cabe destacar su artículo 15. - en el que se prescribe: "De los matrimonios que en adelante autorizcen los Párrocos, darán cuenta a los encargados del Registro Civil en relaciones que contengan todas las circunstancias enumeradas en el artículo anterior..

Estas relaciones, o comunicación negativa en su caso, se remitirán de oficio a dichos funcionarios en los días 12 y 15 de cada mes".

Tal vez esa "comunicación negativa" y su posterior remisión - al Registro civil, sea el método para probar que "no se puede contraer matrimonio canónico", lo que constituye -a la luz del preámbulo del Decreto de 9 de febrero de 1875- el requisito para acceder al matrimonio civil.

Por lo tanto del Decreto y de la Real Orden de febrero de 1875 podría deducirse que en España tienen acceso al matrimonio civil solamente aquellos que no puedan contraerlo canónico: y a efectos de prueba -de probar que no se puede contraer matrimonio

canónico- servirá la mención de la "negativa" a celebrar el matrimonio canónico" en la relación que quincenalmente enviarán los párrocos el Registro Civil.

De ser esta interpretación exacta, el procedimiento a seguir para contraer matrimonio civil sería el siguiente:

- 1- Acudir a contraer matrimonio canónico.
  - 2- Negativa del párroco a celebrar tal matrimonio.
  - 3- Notificación del párroco al Registro civil de tal negativa.
  - 4- Solicitud, y posterior expedición, de certificación del Registro de tal circunstancia.
- a) De constar -y nada se prevee en la Real Orden, el motivo de esa negativa;
    - a') Si la circunstancia es el no bautismo o la separación de la Iglesia, se podrá contraer matrimonio civil de acuerdo con lo preceptado en la Ley de 1870;
    - b') Si es otra la circunstancia que impidió el matrimonio, no se podrá contraer matrimonio civil;
  - b) De no constar el motivo de la negativa, el que pretenda -contraer matrimonio civil, deberá probar -¿como?- que los motivos que impulsaron a tal negativa fueron la no pertenencia a la Iglesia.

El procedimiento es, pues, complejo y muy restrictivo en cuanto a la posibilidad de contraer matrimonio civil. Y además se transfiere la potestad de decir quien puede contraer matrimonio civil, a

una autoridad eclesiástica: el párroco.

Tales dificultades surgidas de la inconcreción legislativa, tan habitual en la normativa matrimonial, motivó un Real Orden - de 27 de febrero de 1875.

Su texto íntegro es el siguiente. (101): "Por la dirección - general de los Registros civil y de la Propiedad y del Notariado - se ha comunicado al Ilmo. Sr. Presidente de esta Audiencia (Burgos) con fecha 27 de febrero último la Real Orden siguiente:

"Ilmo. Sr.: Al reformar el Decreto de 9 del corriente la ley de 18 de junio de 1870, restableció la conveniente armonía entre - la legislación civil y la canónica en punto al matrimonio de los - católicos, dando por lo mismo a este sacramento todos los efectos civiles que le atribuía nuestra antigua legislación. Cesó por lo - tanto el matrimonio civil para todos los católicos, conservándose únicamente como el medio necesario de que puedan constituir familia los que no correspondiendo al gremio de la iglesia de hallan imposibilitados de celebrar unión ante el párroco. No obstante lo explicito de las disposiciones que comprende el mencionado decreto, han sido diversamente interpretadas, entendiéndose por algunos Jueces municipales en un sentido distinto, ocasionado a prácticas viciosas y que da lugar a notables perjuicios de los intereses particulares. En la necesidad de uniformar en este punto tan importante

---

(101) Citado en UCELAY, Enrique, El Decreto del Ministerio-Regencia sobre Matrimonio Civil y el Partido Liberal Dinástico. Estudio jurídico-político, Madrid, 1881, págs. 104 y 105.

la aplicación de la nueva reforma, se hace indispensable inculcar a dichos funcionarios la obligación de atemperarse á lo que establecen los artículos 5º y 6º del referido decreto: haciéndoles -- comprender que sólo pueden autorizar los matrimonios de aquéllos que ostensiblemente manifiesten que no pertenecen a la Iglesia católica, y que suspendan la tramitación de todos los expedientes -- incoados con arreglo a la ley de 18 de junio de 1870, salvo en el caso excepcional a que se refiere el artº 6º ya citado. En vista -- de las anteriores consideraciones, el Rey (Q.D.G.) se ha servido -- resolver comunique V.I. a los jueces de primera instancia del te-- rritorio de esa Audiencia la presente circular, que explica la verdadera inteligencia de las prescripciones que comprende la reforma que ha de plantear, y les encargue lo hagan á la mayor brevedad a -- los jueces municipales que de ellos dependan previniendo a dichos funcionarios la más puntual observancia de aquellas, sin perjuicio de que consulten en la forma prevenida por el Reglamento las dudas que puedan suscitarse. De Real orden lo digo a V.I. para su conocimiento y efectos oportunos".

Esta Real Orden, nunca publicada oficialmente, es la primera -- disposición dedicada a interpretar el concepto de "católico" a -- efectos de contraer matrimonio civil. Podrían contraer matrimonio civil "aquellos que ostensiblemente manifiesten que no pertenecen a la iglesia católica". Solución pues muy facilitadora del acceso al matrimonio civil.

El hecho de no ser publicada (102), y de estar únicamente --

---

(102) Vid. La opinión de SANCHEZ ROMAN al respecto en sus Estudios... cit., págs. 474 y 475.

dirigida a la Audiencia de Burgos con orden de ser comunicada a -- los jueces de primera instancia y jueces municipales pertenecientes a tal Audiencia, hace que su importancia se vez reducida notablemente. Pero en cualquier caso, indica una tendencia hacia una interpretación menos rígida del sistema en vigor.

Esta etapa de la legislación matrimonial española quedaría -- cerrada con el proyecto de Ley sobre los efectos civiles del matrimonio, presentado a las cortes el 17 de mayo de 1880 por el Ministro de Gracia y Justicia; que en nada afecta a la calificación del sistema matrimonial (103).

Quedaría así esbozada una etapa de la legislación matrimonial española, la primera etapa de la historia del sistema matrimonial -- español. Las continuas vacilaciones, el tejer y destejer legislativo -- propiciado por violentas discusiones parlamentarias y continuos cambios políticos, a los que aquí no hemos podido hacer referencia para no alagar excesivamente este trabajo-- no es otra cosa que un mero anticipo de lo que sería la actividad legislativa en el siguiente siglo.

Como resumen de esta etapa puede afirmarse.

a) El 18 de junio de 1870 se establece un sistema de matrimonio civil obligatorio, con respeto hacia el matrimonio canónico, --

---

(103) Puede verse el texto de tal proyecto en UCELAY, Enrique, -- ..., cit., págs. 144 y ss.

respeto que se concreta básicamente en el establecimiento de los impedimentos de orden y de voto solemne.

b) El 11 de enero de 1872, se indica con toda claridad que - los hijos de matrimonio exclusivamente religioso son hijos naturales.

c) El 1 de mayo de 1873 se suprimen los impedimentos de orden y de voto solemne.

d) El 20 de junio de 1874 se establece que el matrimonio canónico hará surgir el impedimento de vínculo en el orden civil.

e) El 22 de enero de 1875 se dispone que los hijos de matrimonio canónico serán legítimos.

f) El 9 de febrero de 1875 se establece un sistema matrimonial mixto, difícilmente calificable.

g) El 19 de febrero de 1875, se establece un sistema matrimonial de matrimonio civil subsidiario muy restrictivo.

h) El 27 de febrero de 1875, se establece un sistema matrimonial mixto con grandes facilidades para acceder al matrimonio civil.

La anterior periodificación sería exacta siempre que las normas mencionadas fueran todas ellas válidas. Si alguna no lo fué -

bien por oponerse a una de rango superior, bien por no haber sido publicada, la periodificación sería otra. La determinación de tal extremo nos apartaría, sin duda, del camino tratado. Sin embargo, independientemente de la validez o no de todas las normas, lo que sí se marca es una tendencia. Tendencia que no sería una línea recta, sino una quebrada.

C - La promulgación del Código Civil, y el establecimiento de un sistema matrimonial mixto. El término "profesar la religión católica", primera normativa interpretadora del artículo 42.

La segunda etapa de la historia del sistema matrimonial español está centrada en el Código Civil.

Los proyectos de codificación civil, la Ley de Bases que se transformaría en el Código, el propio Código y las primeras disposiciones interpretadoras del artículo <sup>42</sup> 44, constituirán el objeto de este epígrafe.

El término final de este período sería la II República española, el inicio sería menos claro, ya que los proyectos de Código vienen de lejos, aunque legislativamente se concretan sólo en 1889.

La primera etapa de los intentos de codificación queda expresada con toda claridad por CASTAN (104), nos limitaremos pues a trans--

---

(104) CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español. Común y Foral, Tomo primero, Introducción y parte General, Volumen primero, Ideas generales. Teoría de la norma jurídica, Undécima edición, Madrid, 1975, págs. 232 y ss.

cribir su resumen de tal etapa:

"Se inicia en nuestra patria el movimiento codificador con el planteamiento del sistema constitucional. Las Cortes de Cádiz, aprobaron en 5 de febrero de 1811 una proposición del diputado Espiga y Gadea para que se llevase a cabo la codificación de las más importantes ramas del Derecho español; y la Constitución de 1812 recogió la misma aspiración en su artículo 258, que decía así: "El Código Civil y criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes".

Para dar aplicación práctica al proyecto constitucional se nombraron en 1813, 1814 y 1820 comisiones encargadas de formar el Código Civil, pero sus trabajos fueron interrumpidos por virtud del restablecimiento del antiguo régimen. Bajo la nueva situación publicó don Pablo Gorosabel, con carácter particular, un proyecto de Código Civil, y se encomendó por Fernando VII un trabajo de igual naturaleza a don Manuel María Cambronero, quien murió dejando incompleta su labor, que terminaron en 1836 otros jurisconsultos".

Pocos datos tenemos acerca de los resultados de tales intentos codificadores.

Sabemos que la comisión nombrada en 1820 [¿1821?] elabora un completo proyecto, cuyo contenido desconocemos, y que fué redactado por CANDO MANUEL, CUESTA, GARELLY, HINOJOSA, NAVARRO y SAN



MIGUEL. El proyecto de GOROSABAL fué <sup>pub</sup>licado en los años 1825 a 1830, estando distribuido en 1419 artículos. El proyecto CAMBRONERO fué completado por AYUSO, TAPIA y VIZMANOS, integrantes de una comisión nombrada en 1834, y tal proyecto fué presentado oficialmente en 15 de septiembre de 1836, comprendiendo 2.458 artículos (105). Estos primeros ensayos codificadores han sido calificados de "inmaturos" y "personales" (106). Tan calificada opinión, y los escasos datos existentes, tal vez justifiquen la omisión de un análisis de tales intentos.

La siguiente etapa codificadora, y que ya daría sus frutos, comienza con una Comisión nombrada el 19 de agosto de 1843, que fué dividida en secciones, una de las cuales llegó a redactar un proyecto de los libros primero, segundo, y parcialmente del tercero; tal Comisión fué suprimida mediante Decreto de 31 de Enero de 1846. Este trabajo sería completado el 8 de mayo de 1851, por una Comisión que había sido nombrada el 11 de septiembre de 1846.

Tal proyecto "...es el antecedente claro de nuestro C.c...." (107), y ello justificará un análisis, siquiera sea somero, del mismo.

---

(105) Vid. MOUTON y OCAMPO, Luis, Voz Código Civil, en "Enciclopedia Jurídica Española", Tomo sexto, Barcelona, s.f., págs. 1 y ss.

(106) LACRUZ BERDEJO, José Luis, Nota preliminar a GARCIA GOYENA, Florencio, Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español, Zaragoza, 1974, pag. IV.

(107) LACRUZ BERDEJO, José Luis, Nota preliminar a GARCIA GOYENA, Florencio, Concordancias..., cit, pag V.

La comisión que presenta tal proyecto estaba presidida por GARCIA GOYENA, quien redactó -en palabras de la Comisión-un libro "...comprensivo de los precedentes histórico-legales de cada artículo, que ofrecia concordadas todas sus disposiciones -- con el Derecho anterior, y aún con el extranjero más notable, -- con motivos y comentarios sobre cada uno de sus preceptos, fijando su espíritu y resolviendo algunas cuestiones que probablemente se suscitarían en la práctica..." (108). Tal libro es el que vamos a comentar a continuación (109).

El matrimonio viene regulado en el título III del Libro primero de tal proyecto; pero el artículo que a nosotros nos interesa ahora es el 48. Su texto literal es el siguiente:

"El matrimonio ha de celebrarse según disponen los cánones de la Iglesia Católica admitidos en España".

Mediante tal precepto se establecería un sistema de matrimonio religioso obligatorio. Los matrimonios se celebrarán conforme al ordenamiento canónico, y ello en razón de que tal legislación ha sido admitida en España. Lo que es sin duda una alusión a la Real Cédula de 1564.

---

(108) Citado en MOUTON Y OCAMPO, Luis, Voz Código..., cit., pág. 2.

(109) Esta obra ya citada (Vid, cita 106), ha sido publicada recientemente, por la cátedra del Dr. LACRUZ BERDEJO.

Sin embargo tal sistema quebraría, al menos parcialmente, en el siguiente artículo: "El matrimonio celebrado entre extranjeros, que sea válido con arreglo a las leyes de su país, surtirá todos los efectos civiles en España", y recordemos que en -- tal periodo, al menos en Francia y Holanda, el sistema matrimonial era de matrimonio civil obligatorio.

En su comentario al artículo 48, GARCIA GOYENA hace referencia, en primer lugar, a la separación entre contrato y sacramento, entendiendo que aquél es anterior a éste y alude consecuentemente al carácter de Derecho Natural de la institución matrimonial.

Son interesantes y a propósito de la separación contrato-sacramento y de la competencia para regular el matrimonio, las siguientes afirmaciones de GARCIA GOYENA:

"Andando el tiempo, y transcurriendo siglos, el Sacramento se reputó lo principal y el contrato lo accesorio; el primero -- absorbió al segundo, y todo pasó a la autoridad aclesiástica, -- por delegación expresa o tácita de las leyes; pero, como los de rechos de la soberanía son inalienables e imprescriptibles, pueden los reyes de España hacer hoy lo que sus antecesores hicieron en otros tiempos, separando el contrato del Sacramento; por consiguiente no podrá argüirse con este artículo para menguar -- en lo sucesivo aquellos derechos soberanos". (110)

---

(110) GARCIA GOYENA, Florencio, Concordancias..., cit., págs. 29 y 30.

Se señala así que la Iglesia es competente para legislar en materia matrimonial en España, sólo en razón de una delegación que puede ser avocada unilateralmente en cualquier momento.

Así pues, este proyecto propugna un sistema de matrimonio religioso obligatorio -en coherencia con el momento histórico - en el que se formula- pero matizado en dos puntos: 1- Se reconocerán los matrimonios civiles de extrahjeros celebrados al amparo de su legislación si ésta se lo permite 2- Una cláusula de reserva, que se concreta en la expresión "admitidos en España" del artículo 48, y que se desarrolla en los comentarios de GARCIA GOYENA, Cláusula, en virtud de la cual el legislador español sería competente para regular el matrimonio, independientemente de que delegue tal facultad en un momento dado.

Sea por las razones que fuere (111), este proyecto no llegó a convertirse en Ley, e incluso se le ha acusado de ser "el causante de no haberse alcanzado la codificación civil en España..."

---

(111) Se ha dicho que estas razones fueron que "...Representaba este proyecto... el sistema de unidad en su forma más centralista...eliminando, casi en absoluto, las instituciones del Derecho Foral...". CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho Civil..., cit., Tomo primero, pág, 233; y en el mismo sentido "...el citado proyecto de Código Civil, más parece un Código para Castilla, que un proyecto de Código general ...". MOUTON Y OCAMPO, Luis, Voz Código..., cit., pág. 4.

(112). Su "congelación" oficial tuvo efecto por la Real Orden - del 12 de junio de 1851 (113). Tal situación es mantenida durante las dos décadas siguientes -sustituyéndose la tarea codificadora por la promulgación de diversas leyes; de matrimonio civil (ya analizada), Hipotecaria, del Notariado, del Registro Civil, etc...- para concluir en 1869, en el que se promulga la constitución del 1º de junio que en su artículo 91 establece la necesidad de promulgar unos Códigos Generales.

La idea es recogida por el Ministro ROMERO ORTIZ, que presenta un proyecto de Libro 1 del Código Civil que recoge la institución del matrimonio civil. La dimisión del ministro y la aparición de la Ley de 1870 hacen que no se llegue a discutir tal proyecto.

---

(112) MOUTON Y OCAMPO, Luis, Voz Código., cit., pág. 4.

(113) El texto de esta Real Orden, es el siguiente:

- 1º Que se inserte el texto del proyecto citado y se publique en un sólo número del período mensual titulado el Derecho Moderno, a fin de facilitar su examen y estudio.
- 2º Que se excite el celo de todos los Tribunales de fuero común para que expongan lo que estimen conveniente y hagan las observaciones que su ilustración les sugiera, acompañando al mismo tiempo las noticias y datos prácticos en que se funden las observaciones.
- 3º Que se excite también el celo de los demás Tribunales especiales, de las Autoridades a cuyas atribuciones pueda referirse de alguna manera el proyecto, de los Colegios de Abogados, de las facultades de Jurisprudencia de las Universidades y demás personas que puedan ilustrar con sus luces y conocimientos las diversas materias que comprende el código, y.
- 4º Que las observaciones estén reunidas en el Ministerio de Gracia y Justicia el 1º de Enero de 1852".

Se ve nuevamente impulsada la tarea codificadora el 2 de febrero de 1880, fecha en la que un Real Decreto manda se añadan a la Comisión de Códigos representantes de las diversas regiones, con el fin de eliminar el centralismo que hizo abortar el Proyecto de 1851, y el siguiente 21 de marzo comienzan las discusiones en la sección de lo civil, bajo la presidencia de ALONSO MARTINEZ: el 22 de octubre del mismo año presenta ALONSO MARTINEZ un proyecto de Bases para el Código civil al Senado. En tal Ley de Bases se pretende lograr la autorización para publicar como Ley el proyecto de 1851 con ciertas modificaciones. Tal proyecto "... reputaba válido el matrimonio celebrado con arreglo a las disposiciones del Concilio de Trento, el civil celebrado en España con sujeción a los preceptos del nuevo Código y el contraído por españoles en el extranjero en la forma establecida por las leyes del país donde tuviere lugar su celebración produciendo efectos civiles desde la fecha de su inscripción en el Registro..." (114); se pretendía, pues, establecer, por primera vez en la historia, un sistema matrimonial mixto.

En cualquier caso, el proyecto no pasó de ser tal, y ALONSO MARTINEZ se ve obligado a renunciar a él. Y presenta un nuevo Proyecto en 24 de abril de 1882, solamente de título preliminar y de los dos primeros libros del Código.

---

(114) MOUTON OCAMPO, Luis, Voz Código..., cit., pág. 9.

Este proyecto de 24 de abril de 1882 (115), cristalizaría en lo que se refiere a los libros I y II en el proyecto de 1888 (116), proyecto (el de 1888) "...que constituye el antecedente próximo y el fundamento legal del vigente código civil" (117).

Se regula, en el proyecto de 24 de abril de 1882, el matrimonio en el título III del Libro I, que lleva como nombre "Del Matrimonio".

En su artículo 30 establece

"Son válidos:

1º El matrimonio celebrado en España con arreglo a las disposiciones del Concilio de Trento y Cánones de la Iglesia Católica.

2º El celebrado en España conforme a lo dispuesto en este Código".

Se establece así la eficacia del matrimonio canónico en España, y asimismo la existencia de un matrimonio civil, cuya regulación viene dada en el capítulo II de este título.

---

(115) El proyecto completo, incluyendo los libros III y IV de - más compleja historia en la que no entramos por no afectar al matrimonio, ha sido publicado, con importantes comentarios, recientemente bajo el siguiente título: El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888), publicado con un estudio preliminar, notas y concordancias por Manuel -- PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Madrid, 1965.

(116) "...Estos libros se consideran terminados desde entonces y los esfuerzos ulteriores se concentran en la redacción de los Libros III y IV..." PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, - El Anteproyecto del Código Civil en 30 de abril de 1888, - "Anuario de Derecho Civil", Tomo XIII, Fascículo IV, Octubre-Diciembre MCMLX, pág. 1172.

(117) CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho Civil..., cit, Tomo primero, pág. 236.

Matrimonio civil indisoluble y en el que se regulan los impedimentos de orden y de voto solemne, indispensables por el Estado.

En cuanto a nuestro habitual interrogante: ¿Quién tiene acceso al matrimonio civil? nada dice el Código. Podría suponerse que se inclina por la postura más facilitadora si atendemos a su artículo 66, en el que se señala.

"Los que pretendieren contraer matrimonio en la forma señalada en este código presentaran al Juéz municipal de su domicilio una declaración firmada por ámbos contrayentes en que consten:

1º Los nombres, apellidos, edad, profesión, domicilio o residencia de los contrayentes.

y 2º Los nombres, apellidos, profesión, domicilio o residencia de los padres.

Acompañarán a esta declaración la partida de nacimiento y de estado de los contrayentes, la licencia o consejo si procediere y la dispensa cuando sea necesaria".

Nada se establece respecto a la prueba de acatoliceidad y = ello sencillamente porque en ningún lugar del proyecto se exige tal prueba. Este proyecto pretende establecer un sistema matrimonial plenamente facultativo. Ningún requisito relativo a la = profesión -que por sencillo que fuera establecería una nota de



subsidiariedad en el sistema- es necesario reunir para tener - acceso al matrimonio civil.

Nuevamente queda frustrado el intento Codificador como consecuencia de los sucesos políticos que causaron la dimisión de ALONSO MARTINEZ, hasta que el 7 de enero de 1885, el nuevo ministro de Gracia y Justicia, SILVELA, solicita autorización de las cortes para publicar un Código civil con sujeción a las bases contenidas en un proyecto de ley que presentaba.

En estas bases se determinaba "...que el Código habría de ajustarse en el trazado de su plan general al proyecto de 1851, en cuanto se hallara contenido en este sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico de -- Castilla..." (118). En lo que se refiere al matrimonio se declaraba "...que la institución del matrimonio... se ajustaría en - sus principios y disposiciones esenciales al estado legal creado por virtud de la aplicación del Real Decreto de 9 de febrero de 1875 y la Ley de 18 de junio de 1870 armonizando los principios en que una y otra disposición de inspiraban, y manteniendo en la solución de las dudas que había suscitado la experiencia como criterio el respeto estricto a la jurisdicción de la Iglesia sobre los españoles que profesaran la religión católica, y al - derecho constitucional de los que al amparo de la tolerancia religiosa desearan constituir consorcio perpétuo y familia legíti

---

(118) MOUTON Y OCAMPO, Luis, Voz Código..., cit., pág, 13.

ma sin la santificación del sacramento" (119), lo que suponía, en opinión de MOUTON, notables cambios con respecto al Proyecto de ALONSO MARTINEZ, "La institución del matrimonio, que en el proyecto del Sr. Alonso Martínez se consideraba válida, lo mismo en el aspecto canónico que en el civil, que perfectamente se distinguían y separaban; en el trabajo del Sr. Silvela aparecía un tanto confusa y poco clara con relación a las condiciones preceptivas en que las personas amparadas por el artículo constitucional y viviendo fuera del gremio y obediencia de la Iglesia católica, podían contraer matrimonio con total independencia de la sanción religiosa; no obstante declarar que no se apelaría a violencias ni opresión para nadie en cuestión de tal naturaleza, y que se dejaban en vigor las disposiciones de la ley de 18 de junio de 1870, para los que no celebraran el matrimonio canónico.

Tampoco se puntualizaba bien el derecho del Estado respecto de los matrimonios católicos contraídos exclusivamente bajo las reglas y condiciones canónicas, toda vez que la obligación de inscribirlos en el Registro, por sí sola no constituía ni podrá constituir la necesaria sanción de la ley civil al contrato, fuera cualquiera el lugar en que el casamiento se celebrara y la persona que lo legalizara" (120).

---

(119) MOUTON Y OCAMPO, Luis, Voz Código..., cit., pág. 13.

(120) MOUTON Y OCAMPO, Luis, Voz Código..., cit., págs. 14 y 15.

Aprobado el proyecto, con modificaciones, por el Senado es remitido al Congreso de Diputados, donde no se logra pasar de la discusión de la base 3ª como consecuencia de la disolución de las Cámaras.

Reunidas en el 1886 las nuevas Cortes, continúa el difícil caminar hacia el Código Civil, cuya siguiente etapa sería la Ley de Bases de 11 de Mayo de 1888.

La Base 3ª de la citada ley, establece los puntos a tener en cuenta para redactar los artículos del Código relativos a la regulación del matrimonio. El texto de tal base es el siguiente:

"Se establecerán en el Código dos formas de matrimonio: el canónico, que deberán contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determine el mismo Código, en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado.

El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, cuando se celebre en conformidad con las disposiciones de la Iglesia Católica, admitidas en el Reino por la Ley 13, tit. 1ª de la Novísima Recopilación. Al acto de su celebración asistirá el Juéz municipal u otro funcionario del Estado, con el sólo fin de verificar la inmediata inscripción del matrimonio en el Registro Civil".

Esta base fué negociada con la Santa Sede; las líneas maestras

tras de tal negociación pueden resumirse con POSTIUS así "El ministro de Gracia y Justicia ALONSO MARTINEZ entabló negociaciones confidenciales con el Nuncio Rampolla del Tíndaro para llegar a una fórmula de avenencia acerca de la base 3ª del Código Civil. La Santa Sede no admitía dos formas de matrimonio, una para los católicos y otra para los no católicos, y sólo se prestaba a callar si el Gobierno daba por su cuenta una ley sobre el matrimonio de los católicos. El Gobierno quería el asentimiento expreso a la legislación matrimonial y entonces se convino entre Ministro y Nuncio la fórmula [de la Base 3ª]...El Gobierno no aceptó la fórmula con la reserva de presentarla a las Cortes y el Nuncio con la de someterla a la aprobación del Papa, quien, por conducto del Cardenal Mocenni, comunicó al Embajador la fórmula definitiva: "Su Santidad aprueba lo que en las dos partes de la base se refiere al matrimonio de los católicos -La Santa Sede deja que el Estado regule efectos civiles del matrimonio-. La precedente aprobación no prejuzga en modo alguno la doctrina de la Iglesia respecto al matrimonio de los heterodoxos; el Santo Padre podrá tolerar que el Gobierno dicte acerca de él las disposiciones oportunas..." (121).

No podemos entrar en un análisis de las negociaciones concordatorias (122), pero a tales negociaciones se deben las alte

---

(121) POSTIUS Y SALA, Juan, El Código Canónico aplicado a España en forma de instituciones, Quinta edición, Madrid, 1926, págs. 315 y 316.

(122) Se puede ver un completo análisis de las mismas en ESCUDERO ESCORZA, Fernando, Matrimonio..., cit., págs. 35 y 55.

raciones, meramente formales, pero que contribuyen a precisar el contenido, con respecto al artículo 30 del antiguo proyecto de - ALONSO MARTINEZ (recordemos que en esta nueva fase codificadora la cartera de Gracia y Justicia era nuevamente desempeñada por - ALONSO MARTINEZ.)

Se pretendia con esta base 3ª establecer un sistema de matrimonio civil subsidiario; el matrimonio canónico tendría efectos civiles, su regulación queda encomendada al ordenamiento canónico, y estarán obligados a contraerlo aquellos que "profesasen la Religión Católica". La presencia de una Autoridad estatal está justificada "...con el sólo fin de verificar la inmediata inscripción del matrimonio en el Registro civil".

Aún serian necesarios varios pasos más para alcanzar la vigencia del deseado Código: un Real Decreto de 6 de octubre de 1888 manda que se publique el texto del Código conforme a la redacción dada por la comisión siguiendo la Ley de Bases; un Real Decreto de 11 de febrero proroga el plazo de entrada en vigor del Código hasta el 1º de mayo siguiente; una iniciativa de Gumersindo AZCARATE, hace que se dicte una ley en 26 de mayo de 1889, por la que se ordena al Gobierno hacer una nueva edición del Código, en la que se incluirán las enmiendas y adiciones que a juicio de la Sección de lo civil de la Comisión General de Codificación, fueran necesarias según el resultado de las discusiones surgidas en ambas cámaras; al fin un Real Decreto de 24 de julio de 1889 manda insertar en la "Gaceta de Madrid" esta nueva edición.

La codificación civil, cuyos primeros intentos surgen el 5 de febrero de 1811 por los auspicios de las Cortes de Cádiz, llegaría a cristalizar en un cuerpo concreto con la firma de MARIA CRISTINA, tras 78 años de intensos cambios políticos que influyen, sin duda, en las oscilaciones codificadoras.

Concretado el sistema matrimonial en el artículo 42 del Código Civil: "La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica; y el civil, que se celebrará del modo que determina ~~este~~ este Código". No significa esto, en absoluto, la claridad en el sistema: El matrimonio canónico surte efectos civiles, y junto a él se regula un matrimonio civil, pero solo podrán contraerlo los que no "profesan el catolicismo". Pero ¿que es "profesar...". Los continuos cambios legislativos, en materia matrimonial, hasta la promulgación del Código civil no terminan con su publicación, a partir de entonces también se va a dar en España todos los sistemas matrimoniales posibles a nivel teórico.

El término "profesar..." entra así con todas las solemnidades ~~a nivel de Código~~ a formar parte del ordenamiento jurídico español, y con él una grave dificultad para determinar con exactitud, cual es el sistema matrimonial español.

La Administración inmediatamente trató de interpretar tal término ~~en realidad de calificar el sistema matrimonial español~~, a indicar el contenido de esos intentos calificadores, en el período comprendido entre la promulgación del Código Civil y la II

República española estarán dedicadas las siguientes líneas.

La afirmación de GARCIA CANTERO en el sentido de que "La imprecisa expresión terminológica del artículo 42 ha permitido, que según las concepciones político-religiosas de los partidos turnantes en el Poder, se exigiera con mayor o menor rigor la forma matrimonial canónica y, en consecuencia, se diera mayor o menor extensión subjetiva al matrimonio exclusivamente civil" (123), es perfectamente cierta en este periodo (es obvio su inaplicabilidad en los posteriores períodos, ya que durante la II República el artículo 42 queda virtualmente derogado, y que en el último periodo -casi hasta la actualidad- los partidos políticos carecen de existencia legal). Así quedará puesto de relieve a continuación.

Las dificultades que tal expresión iba a plantear fueron señaladas por AZCARATE, aún antes de la promulgación del Código "¿Quien va a declarar si los contrayentes son o no católicos? ...¿Ellos mismos? ¿O será preciso que la Iglesia lo declare?" - (124); no obstante la expresión subsistió, y la primera respuesta a las preguntas de AZCARATE fué dada mediante la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, dictada durante el Gobierno conservador.

---

(123) GARCIA CANTERO, Gabriel, El vínculo..., cit., pág. 16.

(124) Citado en DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit., pág. 15.

La Real Orden de 1900 se inclina por una solución relativamente restrictiva si la comparamos con la siguiente, pero menos restrictiva de los que cabría suponer (125). Considera la Real Orden de 1900 que no profesar la Religión Católica es equivalente

---

(125) Este es el texto completo de tal Real Orden:

"Instruido expediente con motivo de una instancia de D.J.P.V. en solicitud de que se resolviera, según lo dispuesto en el art. 83 y siguientes del Código civil y en la orden de la Dirección General de 19 de junio de 1880, que la manifestación por los interesados del deseo de contraer matrimonio en la declaración de que trata el art. 86 del Código Civil, y la ratificación exigida en el 89 del mismo, exime de todo otro requisito que no sea de los taxativamente expresados en la ley para conseguir su pretensión: "Vistos los arts. 40 y 42 del Código, la resolución... de 12 de junio de 1880 y las Reales órdenes recaídas en expedientes de dispensa, de impedimentos para contraer matrimonio civil.

Considerando que para la celebración del matrimonio civil han de observarse, no sólo y exclusivamente, según pretende el recurrente, los preceptos consignados en el cap. 3º del título 4º, libro 1º, del Código Civil, que tratan de un modo concreto o especial de dicho matrimonio, sino además los contenidos en el cap. 1º del expresado título y libro, que comprenden, como su epígrafe declara, las disposiciones que convienen a las dos únicas formas del matrimonio reconocidas por dicho Código:

Considerando que el art. 42 del mismo código, que es el primero del referido cap. 1º, impone a los que profesan la Religión Católica, la obligación de contraer matrimonio canónicamente, o sea con arreglo a las disposiciones de la Iglesia y del Santo Concilio de Trento, según declara el artículo 75 del propio cuerpo legal:

Considerando que impuesta por el legislador a los que profesan la Religión Católica y quieran contraer matrimonio la forma y requisitos establecidos por la legislación canónica, es evidente que los funcionarios del Estado no pueden acceder a las pretensiones de los que solicitan la celebración del matrimonio en la forma meramente civil que ordena el Código, sin que los futuros contrayentes aseguren bajo su palabra que no profesan aquella religión, y que por este motivo no vienen tampoco obligados a observar la forma canónica, a fin de evitar la responsabilidad que en caso contrario pudiera exigirseles autorizando actos de tanta trascendencia que adoleciesen el vicio de nulidad, con estricta sujeción al artículo 4º del Código Civil.



a "declaración hecha ante la autoridad competente por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos, que no profesan la Religión católica...". Así pues esta Real Orden no sólo pretende solucionar el tema del contenido del término "profesar", sino que soluciona otro problema planteado por el artículo 42: bastará con la declaración de uno de los contrayentes para que se pueda celebrar el matrimonio civil.

Aunque esta Real Orden sea dirigida a resolver un caso concreto, su importancia es trascendental, y así lo ha entendido la

---

Considerando que, de acuerdo con esta interpretación, se han dictado repetidas resoluciones... en el sentido de considerar como requisito necesario para la celebración -- del matrimonio civil la manifestación hecha ante autoridad competente por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos, que no profesan la Religión católica...:

Considerando que la resolución de esta Dirección general de 19 de junio de 1880, que invoca el recurrente en apoyo de su petición, aunque se refiere al Real decreto de 9 de Febrero de 1875, que restableció la eficacia jurídica o civil del matrimonio canónico, se halla inspirada en el mismo sentido que las dictadas con posterioridad a la promulgación del Código Civil, en cuanto a la necesidad del -- que tenían los que solicitaban la celebración del matrimonio civil de manifestar al funcionario competente para celebrarlo que no profesaban la Religión Católica:

Considerando que la pretensión deducida por D.J.P.V. -- se halla en abierta oposición con los referidos preceptos -- del Código...:

El Rey (Q.D.G.)...ha tenido a bien resolver que no ha lugar a la pretensión formulada ante este centro directivo por el mencionado D.J.P.V.

generalidad de la doctrina, (126) desprendiéndose de su opiniones que consideran tal Real Orden de aplicación general, opinión a la que coadyuda la mención en la propia R.O. de otras -sin citarlas- de similar tenor.

A pesar de la escasa dificultad que supone para acceder al matrimonio civil, la declaración exigida por la Real Orden de 1900 extrema facilidad que ha motivado críticas doctrinales (127) -el Gobierno liberal de ROMANONES suaviza tal exigencia mediante una nueva Real Orden de 27 de agosto de 1906 (128).

- 
- (126) ESCUDERO ESCORZA, Fernando, Matrimonio..., cit., págs, 104 y 105; DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema...cit., -- págs 15 y 16; GARCIA CANTERO, Gabriel, El vínculo..., cit., - pág. 16; CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho Civil..., cit., Tomo quinto, pág. 126; DE LA HERA, Alberto, Matrimonio Civil y revisión del Concordato. (cuestiones en torno al artículo 42 del Código civil)"Anuario de Derecho Civil", Tomo XXVIII, Fascículo III, julio-septiembre MCMLXXV, pág. 654.
- (127) Vid. p. ejem. LOPEZ NIÑO, José M<sup>a</sup>, Los sistemas Matrimoniales en el Derecho concordatario, Madrid, 1971, pág, 139 Y - DE LA HERA, Alberto, Matrimonio Civil..., cit., pág. 645.
- (128) "Ilmo. Sr.: Habiendose suscitado dudas sobre la manera de - aplicarlas disposiciones del Código civil vigente que se -- relacionan con los requisitos que han de preceder a la celebración del matrimonio civil, establecido por el capítulo - 3<sup>o</sup>, título 5<sup>o</sup>, libro 1<sup>o</sup> del mismo Código.

Teniendo en cuenta que la Real Orden de 28 de Diciembre de 1900, última disposición que se ha dictado sobre esta -- materia, no es de aplicación general, refiriéndose tan solo a un caso especial, que fué resuelto en el sentido de denegar la instancia del solicitante, que pedía se resolviese - "que la manifestación por los interesados de su deseo de -- contraer matrimonio en la declaración de que trata el art.- 86 del Código, y la ratificación exigida en el 89 del mismo eximen de todo otro requisito que no sea de los expresados taxativamente en la Ley para conseguir su pretención":

Atendido asimismo que la disposición del artículo 42 - del mencionado Código no establece un precepto que amenogue en lo más mínimo la libertad de los católicos para adoptar una de las dos formas de matrimonio que autoriza la ley, --

En virtud de la Real Orden de 1906 se da la interpretación más amplia posible del artículo 42 del C.c. Para -- justificar tal interpretación se emplean varios argumentos: 1- La Real Orden de 1900 solo se dictó para ser aplicada - en un caso concreto -y por lo tanto no tiene validez general-; por nuestra parte nos preguntamos: ¿Si no es de aplicación general, por qué mencionarla?; 2- El artículo 42 -- del C.c. no establece ninguna restricción para los católicos, en cuanto a la posibilidad de acceder al matrimonio -

---

sino que, rectamente interpretada, constituye la proclamación del debido respeto a la solemne y tradicional ritualidad que más puede satisfacer a la conciencia de los que profesan la Religión Católica y que - por profesarla tienen la obligación de orden moral - de contraer el matrimonio con sujeción a lo preceptuado por la Iglesia.

Considerando que la exigencia de expresa declaración que determine la religión que se profesa por los contrayentes no se halla comprendida ni en los - artículos 86 y 89 del citado Código, ni en cuantos - se refieren a la forma de celebrar el matrimonio meramente civil, ni la falta de ese requisito ha sido considerada como causa de nulidad entre las que determina dicho Código.

Considerando que la interpretación en este sentido de la invocada disposición se armoniza exactamente con las declaraciones que se hicieron al discutirse en el Congreso de los Diputados por los individuos de la comisión que defendieron el proyecto, se halla conforme con el espíritu que informa la constitución vigente y, a mayor abundamiento, se ajusta - a la doctrina constante de que no es lícito establecer distinciones donde la ley no distingue:

Considerando que, no obstante lo resuelto por la Real orden antes mencionada de 28 de Diciembre de 1900 y alguna resolución adoptada en el sentido de que se exigiera celebrando matrimonios civiles en distintos Juzgados sin el cumplimiento de tal requisito, cuya - diferencia de criterio y de circunstancias en tan importante materia hace preciso la adopción de un criterio general que pueda y deba servir de norma en todos los casos:

civil; 3- La declaración de no profesión no viene exigida en ningún lugar del Código; y 4- Según la interpretación dada por la Real Orden de 1906, no es necesario, para acceder al matrimonio civil, declarar que se profesa por lo tanto "no profesar" es según la Real Orden del 1906 equivalente a acudir a contraer matrimonio civil.

Estimamos que algunos de los argumentos empleados pueden ser considerados como válidos. No obstante la reacción contra tal Real Orden parece ser que fué fulminante, el propio ROMANONES la describe así.

"No puede sospecharse la estrepitosa protesta que levantó esta resolución, seguro estoy de que en ningún país del mundo, en pleno siglo XX, se hubiera producido otra igual... El Episcopado no omitió medio para atacarme. Hubo Obispo, como el de Tuy, que no se detuvo ante los respetos más elementales debidos al Poder público, y me hizo blanco

---

En atención a las razones y fundamentos legales expuestos; S.M. el Rey (Q.D.G.) se ha servido resolver que no se exija a los que pretendan contraer matrimonio civil, conforme a las disposiciones de los artículos 86 y 89 y siguientes del Código civil, declaración alguna relativa a la religión que profesen, ni más requisitos que los que la ley taxativamente establece.

De Real orden lo digo a V.I. para conocimiento y efectos que correspondan, deviendo comunicarlo, en la forma más conveniente, a todos los jueces municipales encargados de los Registros civiles, Dios guarde a V.I. muchos años. Madrid, 27 de agosto de 1906 -Romanones- Sr. Director general de los Registros civil y de la propiedad y del Notariado.").

de los mayores vituperios, con tal arrojo que hasta despertó en mi ánimo la simpatía. En una larga pastoral, deleitosa para las derechas, lo más suave que me llamó fué tonto... con el de Tuy habían hecho causa común todos los obispos - de España. A sus ataques siguieron los de varios cabildos; el de Córdoba se destacó con tal violencia que fué necesario procesarlo" (129).

Mediante una circular de la Dirección General de Registros de 31 de agosto del mismo año se insta al cumplimiento de la Real Orden (130), ocasión que es aprovechada por el obispo de Badajóz para atacar el nuevo sistema con algo más que palabras. En efecto el mencionado prelado interpone recurso contencioso administrativo contra la circular, resuelto por auto de 4 de febrero de 1907, en el sentido de considerar que no era impugnabile por su carácter - civil (131)

---

(129) Obras completas del Conde de Romanones, t. 3, Memorias, p. 216-218, citado en ESCUDERO ESCORZA, Fernando, Matrimonio..., cit., pág. 107.

(130) No transcribimos su contenido pues no afecta, en absoluto, al tema aquí planteado; puede encontrarse en - Colección-Legislativa de España, Primera serie, Parte primera, Legislación y disposiciones de la Administración central, Tomo XXVI, Volumen 3º de 1906, - Madrid, 1906, págs. 516 y 517.

(131) Vid. DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., - cit., págs. 17 y 18.

Tales críticas, que con reiteradas por nuestra más moderna doctrina (132), provocaron la pronta caída de la Real Orden de 1906.

En efecto un Real Orden de 28 de Febrero de 1907 -Ministerio FIGUEROA- pasa a modificar el sistema nuevamente (133).

---

(132) Vid, ESCUDERO ESCORZA, Fernando, El matrimonio..., -- cit., pág. 106; GARCIA CANTERO, Gabriel, El vínculo..., pág. 17; DE LA HERA, Alberto, Matrimonio civil..., -- cit., pág. 645.

(133) El texto completo de tal R.O. es el siguiente:

Ilmo. Sr. Vista la consulta elaborada por el Juéz de primera instancia de Montblanch:

Resultado que a fin de comprobar una solicitud de dispensa impedimento para contraer matrimonio civil, José Miguel Vidal y Joseja Antonia Miquel Flanques - pidieron certificaciones de ciertos documentos que - obran en el archivo parroquial de Esplugu de Franco- lí, y el Cura párroco se negó a expedirla y persis- tió en esta negativa cuando el Juzgado de primera ins- tancia de Montblanch reclamó los aludidos documentos por gestión que los interesados hicieron en 24 de di- ciembre último. Expreso en el oficio denegatorio que "sin ánimo de desobedecer las legítimas ordenaciones de la Autoridad civil, estaba dispuesto a cooperar a la recta administración de justicia y expedir las -- certificaciones de las partidas que se le pidieren pa- ra actos del estado civil o para asuntos del Registro no pudiendo, sin violentar su conciencia, librarlas - cuando se pidan para celebrar matrimonio civil de ca- tólicos, que, además de cometer con ello un gravísimo pecado, vienen obligados, según el art. 42, en su re- lación con el 75, del Código civil, a contraer el ca- nónico".

Resultando que renovada la órden del Juéz, con - apercibimiento al párroco de ser procesado por desobe- diencia y denegación de auxilio si en el término de - cuarenta y ocho horas no expedía las certificaciones, contestó este que los libros de la época a que ellas se referían están en el palacio Arzobispal de Tarrago- na:

Resultando que el Prelado Metropolitano, a quien el Juzgado entonces las reclamó, manifestó no poder -

Nuevamente coincide la más moderna doctrina en señalar la importancia de la Real Orden (134), y en señalar —

---

acceder "por razón de pedirse dichas certificaciones — para contraer matrimonio civil por dos súbditos suyos que antes de dirigirse al Juzgado a pedir la dispensa la habian pedido a su propio párroco y al Expedicionero Diocesano de preces a Roma. —Nos no podemos (añadió), sin gravar nuestra conciencia, cooperar con nuestro — auxilio a la comisión de un gravísimo pecado, como es el que comenten dos católicos que, con desprecio de las leyes de la Iglesia, contraen o intentan contraer matrimonio civil... Entendemos, por otra parte, que el acto intentado por los referidos contrayentes no tan sólo — es anticanónico, sino también ilegal. Ninguna competencia tiene ni se ha querido arrogar el Estado referente al matrimonio de los católicos, según se desprende de — los artículos 42, en relación al 75, del Código Civil"— El Arzobispo rogó, por fin, al Juéz exhortante que suspendiese las diligencias, indicando a los peticionarios que acudiesen á él para obtener la dispensa:

Resultando que el Juéz de primera instancia de Montblanch, con suspensión del curso del expediente, pide — que se le comunique la resolución que se estime procedente:

Considerando, cuanto á las certificaciones reclamadas, que expedirlas o denegarlas no es potestativo, ni puede quedar al arbitrio de las Autoridades eclesiásticas, toda vez que por efectos de la coordinada armonía entre la Iglesia y el Estado, los documentos cuyos originales se custodian en archivos parroquiales o diocesanos resultan con frecuencia necesarios a insustituibles para comprobación de hechos definidores del estado civil de las personas, o concernientes al vínculo matrimonial, para ejercitar derechos de otra índole en el orden civil o para apoyar instancias o gestiones del orden administrativo; necesidad que todavía se acrecienta cuando los documentos datan de tiempos anteriores a la institución del Registro Civil:

Considerando que, según el art. 11 de la Constitución de la Monarquía y lo dispuesto en el título IV, libro I, del Código civil, las certificaciones o compulsas de documentos custodiados en archivos parroquiales o diocesanos pueden ser necesarias para instruir y formalizar expedientes o actuaciones de matrimonio civil —, o con este relacionadas, y en casos tales el ejercicio de derechos que las leyes reconocen y amparan tampoco — puede quedar subordinado al acuerdo de la Autoridad — eclesiástica, no esta puede optar entre expedir o denegar copias fehacientes en razón del designio con que — fueron reclamadas:

que con esta Real Orden de 1907 se vuelbe a poner en vigor la Real Orden de 1900 (135). Si bien la primera idea es -

---

Considerando que las negativas opuestas por el Cura - Párroco de Espluga de Francolí y por el prelado Metropolitano de Tarragona no implican desconocimiento de esta doctrina, sino que provienen del hecho de ser tenidos por católicos, esta vez, los solicitantes de dispensa de impedimento para contraer matrimonio civil, - quienes antes la habían pedido a su propio Párroco y - en el Expedicionero Diocesano de Preces a Roma, y se fundan en estimar que el art. 42 y sus concordantes -- del Código civil obligan a los católicos que quieran - contraer matrimonio a observar y guardar las disposi-- ciones de la Iglesia Católica y del Santo Concilio de Trento, admitidas como leyes del Reino; de manera que los motivos invocados para denegar las certificaciones caducarian si constase que los futuros contrayentes -- del matrimonio jamás pertenecieron, o dejaron de pertenecer a la Iglesia Católica:

Considerando que la Real Orden emanada de este Ministerio en 27 de Agosto último, al proclamar "la libertad de los católicos para adoptar una de las dos -- formas de matrimonio que autoriza la ley" y al disponer "que no se exija a quienes pretendan contraer matrimonio civil declaración alguna relativa a la religión que profesen", excede del límite de las facultades ministeriales, por cuanto la aplicación e interpretación de los preceptos del Código en la materia es tan reservadas a los Tribunales de Justicia, y su modificación o aclaración, a las Cortes con el Rey.

Considerando que, además de manifestarse en el actual conflicto la dicha extralimitación ministerial, - otras muchas y graves perturbaciones causaría hacer de pender del variable arbitrio gubernativo los derechos - de familia y tal vez la firmeza misma del vínculo con- yugal, en razón de la formalidad y legalidad observadas en la celebración de cada matrimonio; asuntos de riguro sa justicia, atribuidos exclusivamente a los Tribunales que por ministerio de la ley sean competentes, según -- quedó reconocido en Reales Ordenes de 27 de Diciembre - de 1905 y 17 de Marzo de 1906:

Considerando que al resolver sobre recursos gubernativos con ocasión de actos del Registro civil ó incidencias de expedientes matrimoniales, y también al dictar órdenes de índole reglamentaria para el régimen de los servicios que le están encomendados, éste Ministe- rio necesita atenerse rigurosamente a la observancia f- fiel de las leyes del Reino, y cuando sea lícito inter- pretarlas debe respetar la doctrina legal autorizada -



correcta, tal vez, la segunda exija alguna matización.

Pero analicemos la Real Orden de 1907.

---

por la jurisprudencia acerca de derechos civiles y de cualquiera materia reservada á la competencia de los Tribunales, según aconteció al expedir la Real Orden de 28 de Diciembre de 1900, en contra de la cual y de los precedentes por ella mencionados resulta dictada con carácter de estatuto general la otra Real Orden de 27 de Agosto de 1906;

Considerando que para la generalidad de casos de desacuerdo entre las Autoridades civiles y eclesiásticas sobre opción entre ambas formas de matrimonio o sobre incidencias de tales asuntos, incumbe al Ministerio fiscal promover, en el orden de jurisdicción que cada vez señalen como adecuado — las circunstancias, la aplicación de las disposiciones vigentes, a reserva de las que nuevamente — fueren acordadas o estatuidas con el designio de — prevenir o resolver mejor estos conflictos.

S.M. el Rey (Q.D.G.) se ha servido resolver:

1º Que se deje sin efecto la citada Real Orden de 17 de agosto de 1906.

2º Que cuando llegue a constar en el expediente que sus promovedores, José Miquel y Josefa Antonia Miquel, según el art. 42 del Código, no deban contraer matrimonio Canónico, el Juzgado de Montblanch, oído el Ministerio fiscal, podrá y deberá insistir en la reclamación de cuales quiera documentos custodiados en los archivos eclesiásticos — que estime necesarios para completar las diligencias relativas al matrimonio civil o a cualquiera de sus incidencias.

3º Que, como regla general, en los desacuerdos que entre Autoridades civiles y eclesiásticas surjan sobre opción entre ambas formas de matrimonio, entrega de certificaciones u otras incidencias de asuntos tales, el Fiscal de S.M. en la Audiencia — del territorio sea oído para que cada vez corresponda promueva la aplicación de las disposiciones vigentes.

De Real orden lo digo a V.I. para su conocimiento y demás efectos, Dios guarde a V.I. muchos años. Madrid 28 de febrero de 1907 —Figuerola— Sr. Director general de los Registros civil y de la — propiedad y del notariado".

(134) GARCIA CANTERO, Gabriel, El vínculo..., cit, pág. 17; DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit., págs, 18 y 19; CASTAN TOBENAS, José, Derecho Civil..., op. cit., Tomo quinto, pág. 126; ESCUDERO

Al igual que en la Real Orden de 1900, también - ahora un caso concreto hace surgir una disposición de pretendida aplicación general.

La contumacia de un párroco secundada por un obispo -queda claro, una vez más, que el Episcopado es español no renunció a ningún arma para luchar contra la Real Orden de 1906- en no facilitar una documentación obrante en sus archivos (y que están obligados a facilitar, según se ocupa de señalar la propia Real Orden), y necesaria para que se pueda celebrar un matrimonio - civil, aduciendo que ello permitiría que se celebrase tal matrimonio, lo cual contradice a la moral ("come-ter un gravísimo pecado") y al ordenamiento civil es-pañol ("vienen obligados, según el art. 42"), dió lu-gar que la autoridad estatal derogase la Real Orden - de 1906. Es bien cierto que la R.O. de 1908 aduce ra-zones jurídicas, pero es igualmente cierto que el elemento desencadenante de la actuación administrativa - es la actitud de la Autoridad Eclesiástica.

Decíamos más arriba que no considerábamos exacta la opinión doctrinal, en virtud de la cual mediante -

---

ESCORZA, Fernando, Matrimonio..., op. cit., págs. 107-109; DE LA HERA, Alberto, Matrimonio Civil - ..., cit., pág. 646; LOPEZ NIÑO, José M<sup>a</sup>, Los -- sistemas..., cit., pág. 141., LACRUZ BERDEJO, -- José Luis y SANCHO REBUDILLA, Francisco de Asís, Derecho de Familia., op. cit., pág. 29; ESPIN, - Diego, Manual..., cit., Vol. IV, pág. 26.

(135) Vid. nota anterior.

la Real Orden de 1907 entra nuevamente en vigor la Real Orden de 1900, En efecto:

Las afirmaciones básicas, de la Real Orden de 1907, en las que apoyamos nuestra opinión son las siguientes:

"...la Real orden emanada de este Ministerio en 17 de agosto último...excede el límite de las facultades ministeriales, - por cuanto la aplicación e interpretación de los preceptos del Código en la materia están reservados a los Tribunales de justicia..." y "...al resolver sobre recursos gubernativos con ocasión de actos del Registro Civil o incidencias de expedientes matrimoniales, y también al dictar órdenes de índole reglamentaria para el régimen de los servicios que le están encomendados, este Ministerio necesita atenerse rigurosamente a la observancia fiel de las leyes del Reino, y cuando sea lícito interpretarlas debe respetar la doctrina legal autorizada por la jurisprudencia a cerca de derechos civiles y de cualquier materia reservada a la competencia de los Tribunales..."

Lo que la Real Orden de 1907 dice realmente, que si la Administración tiene que "interpretar", debe de hacerlo en el sentido en que hayan interpretado los Tribunales. Si lo hace en sentido distinto tal "interpretación" será nula de pleno derecho. Si se alude a la Real Orden de 1900 no es para señalar su validez general sino meramente a título ejemplificador: la Real Orden de 1900 era válida porque no se oponía la interpretación jurisprudencial.

Desde tal punto de vista parece innecesario el "Resolver que se deje sin efecto la ...Real Orden de 27 de agosto de 1906;" ya que tal disposición, en el caso de oponerse a la interpretación jurisprudencial, era nula de pleno derecho.

Es pues la Real Orden de 1907 la que más cuadra con nuestra tesis: la interpretación del término "profesar"... corresponde a los tribunales de justicia, unificando los criterios del T.S., y las disposiciones administrativas sólo serán legales en la medida en que se ajusten a la interpretación jurisprudencial del término.

Siguiendo escrupulosamente su propio texto,<sup>la</sup> Real Orden de 1907 en su parte resolutoria afirma: "...cuando llegue a constar en expediente que sus promovedores...según el art. 42 del Código, no deban contraer matrimonio canónico...", sin pretender señalar que es lo que exactamente debe constar en el expediente, dejando tal extremo a merced de la opinión judicial.

La siguiente etapa en la agitada historia del sistema matrimonial español viene marcada por la Real Orden de 28 de junio de 1913 (136).

---

(136) Este es el texto completo de tal disposición:  
"Vista la instancia dirigida al Jué<sup>z</sup> municipal de..., con fecha 31 de agosto último, en la que N.N. y N.N., vecinos de dicha población, solicitaron del juzgado, acompañando los documentos necesarios, que se instruyesen las diligencias previas para el matrimonio civil que pensaban contraer, declarando no pertenecer a la

Nuestra doctrina ha concedido menor interés a la presente Real Orden que las anteriores (137), es cierto que -

---

Religión católica y no habían demostrado estar separados de ella ni reconocido otra alguna:

Vistos el párrafo 2º del artículo 11 de la vigente constitución de la Monarquía, los artículos 2º y 42 del Código civil, los órdenes resolutorios de 28 de junio de 1880 y de 28 de diciembre de 1900, la Real orden de 28 de febrero de 1907, así como el párrafo último del artículo 369 del Código penal y el 269 de la ley de Enjuiciamiento criminal:

Considerando que ha sido y es criterio constante de interpretación, del citado artículo 42 con reducidas y efímeras desviaciones, que la declaración hecha por ambos o uno sólo de los que pretendan contraer matrimonio civil, de no profesar la Religión católica - basta para exceptuarlos de la imposición contenida en la primera parte del citado artículo.

Considerando que esta declaración expresa la han hecho N.N. y N.N. en el escrito presentado al Juéz municipal de... en 31 de agosto del año último, que dice: "...desean contraer matrimonio civil, por no pertenecer a la religión católica, y conforme a las disposiciones vigentes, artículos 42 y siguientes del código civil, para cuyo efecto acompañan a esta declaración los necesarios documentos...".

Considerando que al proveer a esta petición el Juez municipal de... en 16 de septiembre inmediato, desestimando la pretensión deducida en el escrito de referencia, "por cuanto que los recurrentes consta de un modo fehaciente pertenecen a la religión católica, y no han demostrado ni antes ni después al matrimonio proyectado estar separados ni conocida otra religión que la católica apostólica romana", infringe las primeras disposiciones citadas al principio, desconoce un derecho atribuida a los solicitantes, ejercitado en forma legal, a pretexto tan exorbitante como el de suponer que autorice la ley, ni pueda existir ni prevalecer contra ella otra prueba del estado de conciencia, de naturaleza tan íntima y respetable, como la solemnne declaración del interesado:

Considerando, por último, que no son los jueces municipales en todo caso los funcionarios encargados de discernir la permanencia o alejamiento de la comunidad de fieles de la iglesia católica apostólica romana, y en este sentido, y para el caso no suscitado de desacuerdo sobre el particular entre autoridades civiles y eclesiásticas, al párrafo 3º de la Real or-

no supone, en apariencia, un cambio radical, pero si tiene una importancia notable.

Según la interpretación que hemos dado a la Real Orden de 1907, de acuerdo con el propio artículo 42 del C.c., la situación quedaba clasificada en el sentido de que era competencia de los jueces el completar el contenido del término "profesar"... Sin embargo en el caso resuelto por

---

den de 28 de febrero de 1907 establece un procedimiento que no ha seguido el Juez municipal de...

S.M. el Rey (Q.D.G.) se ha servido disponer:

1º Que se remita al Fiscal de la Audiencia de... la instancia extractada para que promueva, si procediere, la incoación del aportado sumario contra el Juez municipal de..., quien parece incluso en la responsabilidad señalada en el artículo 369 del Código penal, y que de cuenta a este Ministerio del recibo de la orden y de su cumplimiento.

2º Que se imponga al repetido Juez municipal la multa de 100 pesetas, cuya exacción será encomendada al Juez de primera instancia de...

3º Que se ordene al nombrado Juez de primera instancia que requiera a los interesados para que reproduzcan su instancia acompañada de los documentos oportunos ante el dicho Juez municipal, y a éste para que admita y tramite sin dilación el oportuno expediente, bajo apercibimiento de preceder contra el a lo que haya lugar.

4º Que esta resolución se publique en la Gaceta de Madrid y en Boletín oficial de este Ministerio.

De real orden, comunicada por el Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia, lo digo a V.S. para su conocimiento y fines expresado. Dios guarde a V.S. - muchos años, Madrid, 28 de junio de 1913 -El Director general, Fernando Weyler- Sr. Fiscal de la Audiencia de..."

- (137) No es citada en ESPIN, Diego, Manual..., cit., Vol - IV. LOPEZ NIÑO, José María. Los sistemas, op, cit., CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho Civil..., cit., tomo quinto.

la Real Orden de 1913, se insta al Fiscal para que incoe un sumario, contra un Juez que se opone a la celebración de un matrimonio civil, en razón de que estima que los -contrayentes "profesan" la Religión católica", y que por lo tanto estarían obligados a contraer matrimonio canónico.

La Real Orden de 1913 considera válida la Real Orden de 1907 -la cita varias veces para apoyar sus conclusiones- y sin embargo intenta sancionar a un Juez que la aplica. -- ¿Cómo explicar esta contradicción?

Tal vez la única explicación posible, -y es una mera hipótesis pues nada se dice expresamente en la Real Orden comentada- es que los jueces habían ejercido su función -interpretadora -según señalaba la Real Orden de 1907-, pero que en algún momento el T.S. completó la tarea interpretadora de todos los escalones del poder judicial, con su -misión unificadora. En definitiva, que el T.S. sentó jurisprudencia en el sentido de considerar que "no profesar..." es equivalente a "declarar que no se profesa...". Si aparece claro en la Real Orden de 1913 que tal era la interpretación dominante en la época.

La primera historia de nuestro artículo 42 del C.c. -podría resumirse en el sentido de que en el periodo transcurrido desde su promulgación hasta la II República, el -- término "profesar..." ha tenido una interpretación mayori-

taria en el sentido de que "no profesar..." equivale a "declarar que no se profesa..."; interpretación a la que, con DE LA HERA, consideramos que "...no le falta lógica... en lo que hace a la fuerza de la declaración de acatolicidad: no es que ésta se presuma verdadera iuris et de iure, sino que quepa alegar en contra la vida hasta ese momento llevada por el declarante; es que, al declarar su acatolicidad para celebrar un matrimonio civil está indudablemente separándose de la Iglesia en ese instante, y así la declaración es siempre verdadera..." (138). Sólo hay un breve paréntesis en tal interpretación, es el transcurrido desde la Real Orden de 27 de agosto de 1906 hasta la Real Orden de 28 de febrero de 1907. Siendo de destacar esta última Real Orden por situar el problema en sus justos términos -al menos en nuestra opinión-, como ya se indicó más arriba.

d- La legislación como elemento calificador del sistema matrimonial de la II República española. El tema de la "derogación" del artículo 42 del Código Civil. Establecimiento de un sistema de matrimonio civil obligatorio.

La tortuosa ruta seguida por la legislación matrimonial, sufriría un nuevo quiebro con el advenimiento de la II República española. El sistema se clarificó -es obvio- con la promulgación de la Ley de Matrimonio Civil.

---

(138) DE LA HERA, Alberto, Matrimonio civil..., cit, pág.647



Un rápido recorrido por la legislación matrimonial de la II República en sus dos primeros años, será suficiente para obtener una clara panorámica de la situación del matrimonio en España, en ese momento. Dedicaremos una mayor atención al período transcurrido desde el 14 de abril de 1931 hasta el 4 de julio del siguiente año; ya que en este período se plantean los principales problemas relativos al sistema matrimonial. Una enumeración de las más significativas sentencias del T.S. en materia de matrimonio concluirá el presente epígrafe.

Instaurada la República el día 14 de abril de 1931, comienza la actividad legislativa ese mismo día, uno de los cuatro Decretos que se dictan en esa fecha incide directamente en la temática aquí analizada (139). Nos referimos al Decreto en el que se marcan las líneas de actuación del Gobierno provisional, y mas en concreto a su punto 3º en el que se dice: "El Gobierno provisional hace pública su decisión de respetar de manera plena la conciencia individual mediante la libertad de creencias y cultos, sin que el Estado en momento alguno pueda pedir al ciudadano revelación de sus convicciones religiosas". (El subrayado es nuestro). -- Aunque el Gobierno se sometía a las Cortes Constituyentes (preámbulo y punto 1º del Decreto), esta declaración tendría una notable importancia. En razón de que se insiste en el mismo sentido en otro Decreto posterior, dejaremos para ese

---

(139) Los otros tres decretos se refieren: 1- Nombramiento de Niceto ALCALA ZAMORA como Presidente del Gobierno provisional de la República; 2- Concesión de una amnistía de todos los delitos políticos, sociales y de imprenta; y 3- Declarando fiesta nacional el día 15 de abril de 1931, y el 14 de abril de los sucesivos años.

momento nuestro comentario.

La siguiente disposición republicana en materia de Derecho matrimonial es una Orden Ministerial de 5 de mayo de 1931 relativa a la aplicación del Código Civil para la determinación de la mayoría de edad a efectos de aplicación del Régimen de protección social a la familia. Su nula incidencia en la configuración del sistema matrimonial exime de cualquier comentario.

La sustitución de un régimen de tolerancia por uno de libertad de cultos, hace que el Ministro de Justicia presente un proyecto de Decreto de libertad de cultos al Consejo de Ministros, que se transforma en Decreto con la sanción del presidente del Gobierno. El artículo 1º de esta disposición de 22 de mayo de 1931 decreta:

"Nadie, en ningún acto de servicio ni con motivo de una relación con órganos del Estado, está obligado a manifestar su religión; en su virtud, los funcionarios así civiles como militares, se abstendrán de inquirir sobre las creencias religiosas de quienes comparezcan ante ellos o les están subordinados". (El subrayado es nuestro).

El temor es el mismo que el del punto 3º del Decreto del 14 de abril, ello permite un comentario conjunto.

DE LA HERA, refiriéndose a ambos Decretos y a las Reales Ordenes de 1900 y 1913, afirma: "...De atenerse a lo

dispuesto por el Gobierno republicano, se hace imposible exigir la declaración de no profesión de la religión católica, que las citadas Reales Ordenes imponían interpretando el art. 42 del Código civil... (140). Si el sistema matrimonial español venía regulado por las Reales Ordenes de 1900 y 1913, en el sentido que las interpreta la generalidad de la doctrina, y hay que aplicar los Decretos de 1931; llevando el razonamiento de DE LA HERA al límite, cabría concluir que la República había prohibido el matrimonio civil; ya que en virtud de los Decretos de 1931, nadie podría concluir los requisitos, exigidos por las Reales Ordenes de 1900 y 1913, para contraer matrimonio civil. Tal conclusión sería absurda, pero además técnicamente incorrecta:

De ser cierto, y no lo es, que el acceso al matrimonio civil viene regulado por las Reales Ordenes de 1900 y 1913; tales disposiciones quedarían derogadas, en lo que se refiere a la declaración de no profesión, como consecuencia de la promulgación de normas contrarias, posteriores y de rango superior: los Decretos de 1931. Con este razonamiento se llegaría a la conclusión de que el régimen de acceso al matrimonio civil, sería regulado por la Real Orden de 27 de agosto de 1906.

Pero es que tal razonamiento tampoco es correcto. La

---

(140) DE LA HERA, Alberto, Matrimonio civil..., cit., pág. 648.

regulación de la admisión al matrimonio civil viene dada en el artículo 42 del C.c., artículo que debe ser interpretado en el sentido propugnado por la Real Orden de 28 de febrero de 1907. Así las cosas cabría plantear otro problema ¿Puede el poder judicial interpretando, como es su obligación, el artículo 42, apartarse de los Decretos de 1931?. La pregunta tiene una apariencia difícil res-- puesta. Pero teniendo en cuenta la especialísima naturaleza del Decreto del 14 de abril -al que cabría calificar de Decreto constitucional-, se debería responder en el - sentido de que los jueces no podrían solicitar la declaración de no profesión. Así pues, por este otro camino - que es el que consideramos correcto, se llega a la misma solución, el régimen aplicable sería el de la Real Orden de ROMANONES, pero ello en razón de su coincidencia con - los Decretos del 1931.

La ayuda económica a las familias numerosas constituye el siguiente motivo de actividad legislativa: la Orden Ministerial de 10 de junio de 1931. Su análisis desbordaría, con mucho, nuestra temática.

Las restricciones para los matrimonios de militares son suprimidas mediante Ley -La primera norma, en materia matrimonial, de la República, con rango de Ley- de 18 de - septiembre de 1931 (141)

---

(141) "Artículo único. A partir de la fecha de la promulgación de esta ley, todos los Generales, jefes y oficiales y sus asimilados y clases de tropa de segunda categoría que pertenezcan al Ejército, en cualquier situación, podrán contraer matrimonio libremente, sin

Un Decreto de 3 de noviembre de 1931, a la vez que -  
anuncia la preparación de las leyes de divorcio y matrimon  
nio civil, transpasa la competencia de los Tribunales eccle  
siásticos a los civiles en las causas de nulidad y separa-  
ción.

El 9 de diciembre de 1931 se promulga la nueva Consti-  
tución (142).

---

más limitación que la exigida por las leyes genera-  
les del Estado".

(142) A partir de dicho texto legal, los elementos del sis-  
tema de Derecho Eclesiástico Estatal Constitucional,  
serían los siguientes:

. Art. 3º "El Estado español no tiene religión o-  
cial".

. Art. 14, punto 2º: "Son de exclusiva competen-  
cia del Estado español la legislación y la ejecución  
directa en las materias siguientes... Relación entre  
las Iglesias y el Estado y Régimen de cultos".

. Art. 15, punto 1º: "Corresponde al Estado espa-  
ñol la legislación, y podrá corresponder a las regio-  
nes autónomas la ejecución, en la medida de su capa-  
cidad política, a juicio de las Cortes, sobre las si-  
guientes materias:,,,en cuanto a la legislación ci-  
vil, la forma de matrimonio..."

. Art. 25, párrafo 1º "No podrán ser fundamento de  
privilegio jurídico: ...las creencias religiosas".

. Art. 26: "Todas las confesiones religiosas serán  
consideradas como Asociaciones sometidas a una ley -  
especial.

El Estado, las regiones, las provincias y los mu-  
nicipios, no mantendrán, favorecerán, ni auxiliarán -  
económicamente a las iglesias, asociaciones e institu-  
ciones religiosas.

Una ley especial regulará la total extinción, en  
un plazo máximo de dos años, del presupuesto del Cla-  
ro.

Quedan disueltas aquellas órdenes religiosas que  
estatualmente impongan, además de los tres votos -  
canónicos, otro especial de obediencia a autoridad -

Es bien sabido que el vértice de la pirámide Kelseniana no es de aplicación inmediata. Que las normas cons-

---

distinta de la legítima del Estado. Sus bienes serán nacionalizados y afectados a fines benéficos y docentes.

Las demás órdenes religiosas se someterán a una ley especial votada por estas Cortes Constituyentes y ajustadas a las siguientes bases:

1ª Disolución de las que, por sus actividades, constituyan un peligro para la seguridad del Estado.

2ª Inscripción de las que deban subsistir, en un Registro especial dependiente del Ministerio de Justicia.

3ª Incapacidad de adquirir y conservar, por sí o por persona interpuesta, más bienes que los que, previa justificación, se destinen a su vivienda o al cumplimiento directo de sus fines privativos.

4ª Prohibición de ejercer la industria, el comercio o la enseñanza.

5ª Sumisión a todas las leyes tributarias del país

6ª Obligación de rendir anualmente cuentas al Estado de la inversión de sus bienes en relación con los fines de la Asociación.

Los bienes de las Ordenes religiosas podrán ser nacionalizados".

. Art. 27. "La libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública.

Los cementerios estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción civil. No podrá haber en ellos separación de recintos por motivos religiosos.

Todas las confesiones podrán ejercer sus cultos privadamente. Las manifestaciones públicas del culto habrán de ser, en cada caso, autorizadas por el Gobierno.

Nadie podrá ser compelido a declarar oficialmente sus creencias religiosas.

titucionales deben de ser desarrolladas en otras ordina--  
rias que permitan su aplicación.

En materia matrimonial la Constitución de 1931 marca  
unas líneas claras; se va hacia un sistema de matrimonio  
civil obligatorio, siendo éste matrimonio disoluble.

---

La condición religiosa no constituirá circunstan-  
cia modificativa de la personalidad civil ni política,  
salvo lo dispuesto en esta Constitución para el nom--  
bramiento del presidente de la República y para ser --  
presidente del consejo de Ministros".

. Art. 41, párrafo 2º: "No se podrá molestar ni  
perseguir a ningún funcionario público por sus opinio-  
nes políticas, sociales y religiosas".

. Art. 43, párrafo 1º: "La familia está bajo la  
salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se --  
funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y  
podrá disolverse por mutuo disento o petición de cual-  
quiera de los cónyuges, con alegación en este caso --  
de justa causa".

. Art. 48, párrafo 5º y 6º: "La enseñanza será --  
laica...

Se reconoce a las iglesias el derecho, sujeto a  
inspección del Estado, de enseñar sus respectivas doc-  
trinas en sus propios establecimientos":

. Art. 70, punto b): "No podrán ser elegibles ni  
tampoco propuestos para candidatos [ al puesto de pre-  
sidente de la República ]... Los eclesiásticos, los --  
ministros de las varias confesiones y los religiosos --  
profesos".

Creemos que el 9 de diciembre de 1931 el artículo 42 del C.c. no fué derogado, y que el sistema matrimonial -- era aún facultativo. Un análisis de los matrimonios celebrados desde tal fecha hasta la promulgación de la ley de matrimonio civil permitiría admitir o refutar esta opinión.

Con la misma fecha de la Constitución se aprueba un -- Decreto propuesto por el Ministro de Trabajo, en virtud -- del cual "...se declaran nulas y sin ningún valor las cláusulas que...establezcan la prohibición de contraer matrimonio a obreras, dependientes o empleadas..." Huelga cualquier comentario.

La proximidad de una Ley del Divorcio hace que el Decreto de 3 de noviembre sea suspendido el 10 de diciembre siguiente, las demandas pendientes se tramitarán de acuerdo con la ley en proyecto (una prueba más de la provisionalidad, patológica de la legislación matrimonial en nuestro país en todas las épocas).

La inexistencia de una norma clara --pensamos que sólo las Reales Ordenes de 1906 y 1907 han sido claras-- en cuanto a la regulación de acceso al matrimonio civil, motiva -- que, con un retraso de diez meses, se dicte una orden ministerial el 10 de febrero de 1932 (143); la finalidad básica

---

(143) "Considerando que establecidos en la Constitución -- vigente los principios de confesionalidad del Estado y de plena libertad de conciencia para profesar y practicar cualquier religión, es de toda evidencia que hasta que la ley de Matrimonio civil que actual-



de tal Orden es derogar una norma: la Real Orden de 1900.

Suponiendo que la Real Orden de 1900 fuese de aplicación

---

mente redacta, para someterla a la aprobación del Gobierno y después a la de las Cortes, la Comisión Jurídica Asesora, se regulen definitivamente los requisitos, forma y solemnidades del matrimonio, no debe exigirse a los que se propongan contraer la civilmente declaración previa alguna acerca de sus creencias, quedando el precepto del artículo 42 del Código civil reducido a sus verdaderos límites de simple advertencia que solamente puede atender la conciencia de los interesados;

Considerando que por consecuencia de lo antes expuesto, y hasta que se aprueve y publique la ley sobre Matrimonio civil, procede que declarar derogada la Real orden de 28 de diciembre de 1900 y disponer que los Jueces municipales y los Agentes diplomáticos y Consulares que hagan sus veces en el extranjero, procedan a los matrimonios civiles de los que lo soliciten, sin exigir la declaración previa prevenida en la citada Real Orden; Considerando que hasta tanto que aquella Ley se publique es deber del Estado de facilitar la celebración del matrimonio civil, limitando y disminuyendo las dificultades que el actual sistema presenta, y a este fin deben existir en todos los Juzgados municipales y Consulados impresos de declaración para solicitar la celebración del matrimonio civil, que contengan todos los requisitos exigidos por el artículo 86 del Código Civil, y pueden ser sencillamente llenarse por los interesados, sin que por facilitar esos modelos e instruir a los solicitantes puedan exigir los encargados del Registro derechos ni emolumentos de ninguna clase, pues será obligación suya el hacerlo de modo absolutamente gratuito;

Este Ministerio ha tenido a bien disponer:

1º Se declara derogada la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, y en consecuencia, no se exigirá a los que soliciten la celebración del matrimonio civil declaración alguna respecto de sus creencias religiosas, ni de la religión que profesan.

2º En todos los Juzgados municipales de la República y Consulados de España en el Extranjero existirán impresos de declaración para solicitar la celebración del matrimonio civil formados con arreglo al modelo que adjunto se publica, con el fin de que puedan ser llenados por los solicitantes. Estos impresos serán facilitados gratuitamente por los Jueces municipales y por los consules o Viceconsules, que deberán dar a los interesados las instrucciones para llenarlos debidamente, y todas las demás que sean precisas para la

general, al dictarse la Orden de 1932 llevaba ya más de un cuarto de siglo derogada, pero aun suponiendo que la Real Orden de 1900 estuviese vigente al advenimiento de la República, la propia República la había derogado ya en tres ocasiones: 14 de abril, 22 de mayo y 9 de diciembre de 1931.

Podemos afirmar, sin ninguna pretensión irónica, que lo único que, la Orden de 10 de febrero de 1932, aporta al sistema matrimonial español es un impreso (144).

Uno de los dos proyectos más ambiciosos, en materia -- de la legislación matrimonial, de la República: el divorcio, obtiene su carta de naturaleza jurídica mediante la Ley de 2 de marzo de 1932. En nada afecta a nuestra tesis. El artículo 42 del C.c. sigue vigente.

El nuevo texto de la Ley de timbre de 18 de abril de 1932 regula en su art. 20 nº 4º, el valor de los timbres a emplear en las escrituras en que se consigne el consentimiento paterno para contraer matrimonio. Es obvio que en nada interesa aquí.

Es, por fin, el 28 de junio de 1932 cuando se promulga la Ley de Matrimonio Civil, cumpliéndose así el segundo ob-

---

celebración del matrimonio, sin que por esto puedan percibir derechos ni atribuciones alguna".

(144) Vid. art. 2º.

jetivo de la República en materia matrimonial (145). Finaliza con esta norma el camino comenzado el 14 de abril anterior estableciendo un sistema de matrimonio civil obligatorio.

---

(145) Esta es el texto íntegro:

"Artículo 1º: A partir de la vigencia de la presente Ley, sólo se reconoce una forma de matrimonio, el civil, que deberá contraerse con arreglo a lo dispuesto en las secciones primera y segunda del capítulo tercero del título cuarto del Libro primero del Código Civil, con las modificaciones siguientes:

1º Los mayores de edad no están obligados a obtener ni acreditar el consejo a que se refiere el número primero del artículo 45 y el artículo 67 del Código Civil.

2º La licencia que deben obtener los menores de edad se acreditará mediante documento autorizado por Notario, por el funcionario ante quien debe celebrarse el matrimonio o por el Juez municipal del domicilio del que haya de otorgarla, si no fuese elegido para la celebración del acto.

3º Queda suprimido el impedimento señalado en el número cuarto del artículo 83 del Código Civil.

4º No podrán contraer matrimonio entre sí los colaterales por consanguinidad o afinidad hasta tercer grado, sustituyéndose con esta disposición lo establecido sobre impedimentos en los números segundo, tercero y cuarto del artículo 84 del mismo Código.

5º El Juez de primera instancia del partido a que pertenezca el juzgado municipal designado para la celebración del matrimonio corresponderá dispensar, a instancia de parte y mediando justa causa, los impedimentos nacidos de la consanguinidad en tercer grado entre colaterales, de la afinidad en línea colateral, el comprendido en el número segundo del artículo 45 del Código Civil y los referentes a los descendientes del adoptante con el adoptado. El mismo Juez de primera instancia podrá dispensar la publicación de edictos por las causas que se indican en el artículo 92 del referido Código.

6º El matrimonio se celebrará en la forma prevenida en el artículo 100 del Código Civil emitiendo la lectura del artículo 57 de dicho Cuerpo legal.

El artículo 42 del Código Civil queda borrado del Ordenamiento jurídico español (146); no es éste el único pre

---

Art. 2º: No se exigirán derechos por el expediente matrimonial ni por la celebración del acto.

Art. 3º: Las certificaciones del Registro Civil y demás documentos que sean precisos para la celebración del matrimonio se expedirán en papel timbrado -- de la última clase y sin exacción de derechos, expresándose al pie de los mismos que sólo serán válidos para este fin.

Art. 4º: La jurisdicción civil es la única competente para resolver todas las cuestiones a que da lugar la aplicación de esta Ley, incluso las que se relacionan con la validez o nulidad de los matrimonios celebrados con arreglo a la misma, conforme a lo dispuesto en los artículos 101 a 103 del Código Civil. Las cuestiones relacionadas con la validez o nulidad de los matrimonios canónicos celebrados antes de la vigencia de esta Ley serán resueltas por los Tribunales civiles, que aplicarán las leyes canónicas con -- arreglo a las que fueron contraídas. Las sentencias y demás resoluciones, de los Tribunales eclesiásticos sobre lo que constituye el objeto de esta Ley no producirán efectos civiles.

Art. 5º La presente Ley comenzará a regir a los treinta días, a contar desde el siguiente de su publicación en la "Gaceta de Madrid".

Art. 6º Quedan derogadas todas las disposiciones legales, Reglamentos, Decretos y Ordenes que se opongan a lo dispuesto en esta Ley".

- (146) "Queda derogado el artículo 42 del Código civil..." PÉ-  
CES BARBA DEL BRIO, Gregorio, El matrimonio y el divor-  
cio. Hijos legítimos e hijos naturales. Últimas dispo-  
siciones de la República. Madrid 1932, pág. 41; "Con -  
esta disposición...Desaparece el sistema de matrimonio  
civil facultativo, para ser sustituido por el de matri-  
monio civil obligatorio, incompatible por completo con  
el art. 42, y por lo tanto derogativo del mismo..."--  
DE LA HERA, Alberto, Matrimonio civil..., cit, págs --  
649 y 650; "...Ya no se trata de interpretar el art. -  
42 del Código civil: se le suprime de nuestro ordena--  
miento..." DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema...  
cit., pág, 21; "...el 28 de junio de 1932 quedó supri-  
mido el artículo 42 del Código civil..." LOPEZ NIÑO, -  
José Mª, Los sistemas..., cit., pág. 141.

cepto matrimonial del Código civil que se deroga, pero no todos ellos son derogados, y no entramos en su análisis -- (147). Para nosotros el camino concluye, un sistema claro se establece en materia matrimonial. Es el legislador -- quien califica el sistema, los Tribunales no tienen ya que intervenir en la calificación del sistema matrimonial (148)

---

(147) Una tabla de artículos vigentes y derogados puede verse en PECES BARBA DEL BRIO, Gregorio, El matrimonio..., cit., págs. 33 y ss.

(148) No queremos decir con esto que los Tribunales no interviniesen en materias matrimoniales. Lo que no intervinieron fué para calificar el sistema matrimonial. Pero hay numerosas sentencias en materia matrimonial; a título de ejemplo enumeraremos algunas de las más importantes, solo del Tribunal Supremo y anteriores -- al 18 de julio de 1936. S.T.S. 3-II-33, S.T.S. 14-III-33, S.T.S. 29-III-33, S.T.S. 31-III-33, S.T.S. 30-III-33, S.T.S. 22-IV-33, S.T.S. 24-IV-33, S.T.S. 26-V-33, S.T.S. 26-VI-33, S.T.S. 11-X-33, S.T.S. 14-X-33, S.T.S. 16-X-33, S.T.S. 30-X-33, S.T.S. 7-XII-33, S.T.S. 21-XII-33, S.T.S. 30-1-34, S.T.S. 1-II-34, S.T.S. 8-II-34, S.T.S. 12-II-34, S.T.S. 28-II-34, S.T.S. 7-III-34, S.T.S. 27-III-34, S.T.S. 21-IV-34, S.T.S. 28-IV-34, S.T.S. 12-VI-34, S.T.S. 20-VI-34, S.T.S. 25-VI-34, S.T.S. 7-XII-34, S.T.S. 12-XII-34, S.T.S. 15-II-35, S.T.S. 4-III-35, S.T.S. 6-III-35, S.T.S. 19-III-35, S.T.S. 13-V-35, S.T.S. 27-VI-35, S.T.S. 19-XII-35, S.T.S. 9-I-36, S.T.S. 15-I-36, S.T.S. 6-II-36, S.T.S. 24-VI-36, S.T.S. 6-VII-36. De entre todas estas sentencias destacaremos al de 30 de octubre de 1933, y ello en razón de -- que es una de las escasas sentencias, en toda la Historia de la Jurisprudencia matrimonial del T.S., en -- las que parece la expresión "profesar...". Sólo lo -- mencionamos a título de curiosidad, ya que nada puede aportar a la concreción del contenido de la expresión del 42 C.C., por el sencillo motivo de que el 42 C.C. no estaba vigente en ese momento.

la Ley de 28 de junio de 1932 establece un sistema de matrimonio civil obligatorio (149). Sería necesaria una guerra para cambiarlo, pero eso se verá más adelante.

B - El sistema matrimonial español desde 1938 hasta nuestros días.  
=====

a - Planteamiento del problema; el término "Profesar la religión católica".

Desde la promulgación del C.C. y hasta nuestros días, excepto, tal vez, el parentesis constituido por la Ley de Matrimonio Civil de la II República (1931), el sistema matrimonial español se ha articulado en torno a varios preceptos jurídicos, de entre ellos hay que destacar el artículo 42 del C.c. (150)

(149) No es ésta, por supuesto, la última norma republicana en materia matrimonial, pero ninguna de las siguientes afecta a nuestro estudio. Citemos sólo las promulgadas en lo restante del año 1932: Orden de 14 de julio de 1932, Orden de 19 de agosto de 1932, Ley de 11 de septiembre de 1932, Ley de 27 de octubre de 1932, y Orden de 22 de noviembre de 1932.

(150) "...[El artículo 42 del C.c. es] uno de los preceptos más importantes de nuestro Derecho de familia... [es el] precepto cardinal del sistema matrimonial español..." DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema... cit., pág.3; "...[el] texto básico del sistema [es] el art. 42 del C.c....". GONGALEZ CAMPOS en AGUILAR - NAVARRO, M. Derecho Civil Internacional, Volumen II - de Derecho Internacional Privado, 4ª edición, Madrid 1975, pág. 277.

En dos ocasiones, en su actual redacción, -párrafos segundo y tercero-<sup>el</sup> artículo 42 del C.c. emplea la expresión "profesar..." (151). De entre los numerosos problemas interpretativos planteados por el artículo 42 del C. c., el determinar el contenido de tal expresión es, tal vez, uno de los que mayores dificultades ofrece (152). -

---

(151) Expresión que FUENMAYOR ha calificado como: "concepto clave" y "eje del sistema" y DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit., págs 53 y 56; la misma expresión "eje del sistema" es empleada por GONZALEZ CAMPOS en AGUILAR NAVARRO, M. Derecho Civil Internacional, Volumen II, Derecho de Familia, Derecho Patrimonial y Derecho Sucesorio, Madrid, 1973, pág, 44; el mismo autor ha hablado a propósito de la "profesio religionis" de "pieza maestra" en AGUILAR NAVARRO, M. Derecho Civil..., cit., 4ª edición, págs 281 y 287; LACRUZ ha preferido hablar de "clave" y "caballo de batalla" en LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis, Derecho de Familia, cit., - pág, 30; DE LA HERA condensa y hace suya la opinión de dos importantes autores, repetidamente citados a lo largo de estas páginas en la siguiente frase: "La profesión o no del catolicismo es, ...el concepto decisivo, según apunta CASTAN y con él PUIG BRUTAU, para dilucidar qué personas se hallan en el supuesto de hecho del art. 42 del Código civil..." DE LA HERA, Alberto, Matrimonio Civil..., Cit, pág. 671.; similar postura es adoptada por ESPIN al afirmar. "...el requisito fundamental para que pueda celebrarse el matrimonio civil es el de la... prueba de no profesar la religión católica" ESPIN, Diego, Manual..., cit., Vol. IV, pág, 76.

(152) FUENMAYOR dice: "Se tacha de equívoca la frase "los que profesan la Religión católica"... y más adelante la califica de "ambigua", y de "... [admitir] varias y aun opuestas significaciones..." DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit.. págs. 6 y 56; en la misma línea ESCUDERO afirma; "De suyo el vocablo impreciso "profesar" admite una gama ilimitada de interpretaciones..." ESCUDERO ESCORZA, Fernando, Matrimonio..., cit., págs, 176.

dificultades que adquieren una especial trascendencia por el hecho de que el término "profesar..." incluye a todo súbdito del ordenamiento jurídico español en uno de éstos dos grupos: aquellos que tienen acceso al matrimonio civil o aquellos que sólo pueden contraer matrimonio canónico (153).

Ningún indicio da el C.c. para determinar que debe de entenderse por "profesar..." (154) Ante esta inconcreción legislativa, y desde la aparición del precepto, se ha pretendido desde diversas posiciones dar contenido a un término que en si mismo carece de él -al menos en el ordenamiento jurídico español-; la respuesta a ¿Que es "profesar"...? se ha pretendido dar desde el poder judi-

---

(153) O como prefiere decir FUENMAYOR "...criterio discriminador de los que han de observar la forma canónica y de los que pueden contraer el matrimonio civil". DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit., -pág. 56; opinión compartida por ARECHEDERRA al afirmar: "...debe considerarse el artículo 42 como una norma que contempla ámbos ordenamientos para discriminar entre los súbditos españoles, encauzándolos unos al matrimonio canónico y otros al civil..." ARECHEDERRA, Luis, Formas y clases de matrimonio en el Derecho español. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1967). "Anuario de Derecho Civil", Tomo XXV, Fascículo IV, octubre-diciembre, MCMLXXII, pág. 1242.

(154) "...los términos empleados en el artículo 42 resultan en cierto modo ambiguos, al no precisar, sin que quede lugar a dudas... qué debe entenderse por "profesar" la religión católica...". DE LA HERA, Alberto, Matrimonio civil..., cit., pág. 644.



cial: Sentencias del Tribunal Supremo, Sentencias de las Audiencias, etc.; desde el ejecutivo: diversas Ordenes Ministeriales, Decretos, muy especialmente desde la Dirección General de los Registros y del Notariado a través de diversas Resoluciones; desde la doctrina: son escasas las monografías u obras generales que tocando el tema matrimonial no entren en este punto; curiosamente el legislativo no ha pretendido concretar dicho término pues lo mantuvo después de la reforma del C.C. de 1958.

A resumir que han entendido que significaba el término "profesar...", en el periodo objeto de nuestro estudio (1938-1977), la Administración y la doctrina estarán dedicadas las próximas páginas.

1.- Interpretación dada a dicho término dada por la Administración; las modificaciones legislativas.

Han quedado señalados a lo largo de esta páginas muchos de los problemas que ha planteado la legislación matrimonial española; no pocos de entre ellos son técnicos, pero bastantes de ellos -incluso los técnicos- son consecuencia del profundo trasfondo político que tiene, o se ha pretendido que tenga, la adopción de uno u otro sistema matrimonial. Si el trasfondo político se manifiesta en las opiniones doctrinales vertidas en cada momento, con mayor razón trasluce en las actuaciones directas de la Administración, y con especial énfasis al salir de una situación de profundas tensiones políticas que producen im-

portantes, radicales, cambios en la concepción -desde el poder político- de la sociedad organizada en Estado. Dos ejemplos típicos de la situación más arriba descrita serian los constituidos de una parte por la instauración de la -- II República, y en el polo opuesto la nueva legislación -- del sistema político surgido al finalizar -y aún antes- la guerra que terminó con la República.

De realizarse un estudio comparativo, y este no es el lugar para hacerlo, entre la evolución estrictamente política y las modificaciones estrictamente legislativas del sistema matrimonial, sin duda, aparecería claro un - evidente paralelismo.

Pretendemos realizar ahora un somero análisis -poco más que una enumeración de fechas y disposiciones- de las numerosísimas disposiciones que, directa o indirectamente, han influido en la configuración del sistema matrimonial español a lo largo de los últimos cuarenta años.

Normas constitucionales, Leyes ordinarias, Decretos, Ordenes Ministeriales, en definitiva toda la amplísima -- gama de normas posibles han sido empleadas para influir - en el sistema matrimonial.

Nuestro análisis, el propio título del epígrafe hace innecesaria esta aclaración, se referirá exclusivamente - al conjunto de disposiciones promulgadas en el período e- comprendido entre el fin de la guerra civil y el momento

presente (155). Del amplio número de aspectos que tales disposiciones tratan de regular uno será objeto de nuestra atención preferente: quien, en cada momento, puede acceder al matrimonio civil: en último extremo que ha significado, a nivel de disposiciones legales, el término "profesar", porque el artículo 42 del C.c. señala que sólo tendrán acceso al matrimonio civil los que no profesen la religión católica, y el artículo 42 del C.c. ha estado vigente, en cualquiera de sus redacciones, en todo el periodo objeto de nuestro estudio, o al menos desde el 12 de marzo de 1938.

La disposición que cierra la actividad legislativa de la II República en materia de Derecho de familia --no aludiremos a la legislación republicana durante la guerra civil-- es un Decreto de 13 de junio de 1936 del Ministerio de Hacienda que regula el régimen de tributación de los frutos de los bienes parafernales a efectos de la contribución general sobre la renta.

La disposición que abre la nueva legalidad del bando que más adelante vencería en la contienda militar es una Orden de 3 de noviembre de 1936 de la Comisión de Justicia en la que se regula la "manera de suplir documentos nece--

---

(155) No podemos avanzar más en nuestra exposición sin mencionar una obra absolutamente fundamental para nuestro estudio en este punto, nos referimos a BERNARDEZ CANTON, A., Legislación Eclesiástica del Estado (1938-1964), Madrid, 1965, Se trata de una recopilación, prácticamente exhaustiva, de la legislación estatal o concordada que incide en la regulación del fenómeno religioso, en el período transcurrido desde 1938 hasta el momento de su publicación.

sarios para contraer matrimonio" (156).

Sin embargo habria que esperar hasta 1938 para encontrar disposiciones que permitiesen intuir cual es el sistema que se pretendía delinear; abre la muy larga lista un Decreto del Ministerio de Justicia de 2 de marzo de 1938 - El contenido de Derecho positivo de tal disposición queda resumido en su primer artículo "Se suspende la sustanciación de los pléitos de separación y de divorcio y las actuaciones para obtener aquélla o éste por mutuo diseño, iniciadas con arreglo a lo dispuesto en la Ley de dos de marzo de mil novecientos treinta y dos".

---

(156) Transcribiremos este precepto, pues a partir de él se puede reconstruir, parcialmente, el sistema matrimonial vigente en España en un oscuro periodo.

"Ilmo. Sr. Vista la consulta formulada por V.I. el 27 de octubre último, he dispuesto con carácter general, que cuando no pueda obtenerse la partida de nacimiento de alguna de las personas que pretenden contraer matrimonio, por estar en poder del enemigo el pueblo de su naturaleza, se prodederá en la forma siguiente:

1ª La declaración aludida en el artículo 88 del Código civil, contendrá los nombres, apellidos, edad, estado, profesión, naturaleza y domicilio o residencia de los padres y de los abuelos paternos y maternos. 2ª Para comprobar las anteriores circunstancias examinará el Juez municipal por sí mismo a los contrayentes; recibirá información testificada, debiendo dar fé el Secretario del conocimiento de los testigos, y si no los conociera, exigirá la presentación de dos testigos, y si no los conociera; y se aportará, si es posible, certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento del domicilio de los futuros Cónyuges, expresiva de las circunstancias personales de éstos - que conste en el último padrón municipal".

Es decir en este artículo si bien se admite que la - legislación republicana sobre la materia -no podía ser de otro modo (157) -sigue vigente, sin embargo se trata de - congelarla, de dejarla sin eficacia aunque sea válida.

Esta disposición sería complementada mas tarde por una Orden del Ministerio de Justicia de 9 de noviembre de 1938. Con la transcripción de su texto será suficiente para comprender su alcance.

"La paralización procesal impuesta por el Decreto de 2 de marzo de 1938, a los pleitos de separación y divorcio, - derivados de la Ley de 2 de marzo de 1932, ha suscitado diversos problemas que normativamente deben ser resueltos por el Poder Público con criterio de decidida protección y amparo del vínculo matrimonial.

Una de esas situaciones, que declara imperiosa decisión del Gobierno, es la causada por sentencias denegatorias del divorcio o separación, pendientes del recurso de revisión - interpuesto ante el Tribunal Supremo, a tenor de los dis- puesto en el artículo 57 de la referida Ley, fallos que de- ben considerarse firmes a todos los efectos.

---

(157). "Las leyes sólo se derogarán por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario" artículo 5º del C.c. en su redacción anterior a la reciente re- forma del Título Preliminar.

En su virtud dispongo:

Que las sentencias dictadas en pleitos de separación o divorcio tramitados al amparo de la Ley sea denegatorio del divorcio o separación, y se encuentren pendientes de - revisión interpuesta ante el Tribunal Supremo, se considerarán firmes a todos los efectos".

Es importante, como ocurría en las primeras disposiciones postbélicas, la exposición de motivos del citado Decreto; el segundo y tercer párrafo son claros para determinar las pretensiones de tal disposición.

"El Gobierno ha anunciado oficialmente el propósito de revisar con rapidez y decisión la legislación laica que suprimió en nuestra patria el sentido católico y espiritual - de las leyes, y entre las disposiciones que reclaman esta - revisión ha de ocupar lugar preferente la llamada Ley del - Divorcio.

Mientras llega a ese momento, y con objeto de evitar - que, al amparo de preceptos revisables puedan seguir creándose situaciones jurídicas inalterables.

A propuesta del Ministro de Justicia y de acuerdo con el consejo de Ministros,

DISPONGO: [y sigue el articulado]".

Un propósito a alcanzar: revisar y modificar la legislación republicana. Una solución provisional: bloquear su aplicación.

El carácter de provisionalidad y precipitación latente en toda la legislación de la época aparece con absoluta nitidez en la Ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la Ley de Matrimonio Civil de 1932 (158),

---

(158) "La Ley de 28 de junio de 1932 constituye una de las agresiones más alevosas de la República contra los sentimientos católicos de los españoles, y al instituir el matrimonio civil como el único posible legalmente en España desconociendo el aspecto religioso intrínseco de la institución, creó una ficción en pugna violenta con la conciencia nacional.

Se impone, en consecuencia, como imperativo de justicia y desagravio a la conciencia católica de los españoles, la apremiante derogación de la sectaria Ley de veintiocho de junio de mil novecientos treinta y dos, volviéndose a la legalidad el matrimonio mientras el Estado Español no determine la adopción de normas que lo modifiquen.

En su virtud, previa de liberación del Gobierno y a propuesta del Ministerio de Justicia.

DISPONGO:

Artículo 1º. Quedan derogadas la Ley de matrimonio civil de veintiocho de junio de mil novecientos treinta y dos y las disposiciones dictadas para su aplicación.

Artículo 2º. Los matrimonios canónicos celebrados durante la vigencia de la Ley de veintiocho de junio de mil novecientos treinta y dos producirán todos los efectos civiles desde su celebración y sin perjuicio de los derechos adquiridos a título oneroso por terceras personas. A los fines de los artículos 325 y 327 del Código civil, las partidas sacramentales de los expresados matrimonios canónicos que no hubieran sido precedidos<sup>o</sup> seguidos de matrimonio civil, deberán ser transcritas en el Registro de este nombre de oficio o a instancia de parte, en el plazo de sesenta días a contar desde la publicación de la Ley.

Se puede afirmar que el espíritu que impulsa a esta Ley es mas el destruir -derogar, si se prefiere- un sistema, que el crear uno nuevo. Tal meta necesitó de disposiciones posteriores para ser alcanzada, como mas adelante veremos. Algunas inexactitudes aparecen en el texto de la disposición, así por ejemplo la afirmación que aparece en el primer párrafo de la exposición: "La Ley de 28 de junio de 1932... [instituye] el matrimonio civil como el único posible legalmente en España...", es falsa; la ley no prohíbe el matrimonio canónico, la Ley del 32 de limita a conceder efectos civiles exclusivamente al matrimonio civil.

---

Artículo 32. Se declaran nulos los matrimonios civiles contraídos por personas comprendidas en el número cuarto del artículo ochenta y tres del Código civil ordenados in sacris o profesados ligados con votos solemnes de castidad no dispensados canónicamente y únicamente surtirán efectos civiles respecto del cónyuge de buena fé y de los hijos.

Artículo 42. Por el Ministro de Justicia se dictarán las órdenes necesarias para la ejecución de lo dispuesto en esta Ley.

Artículo 52. La presente Ley empezará a regir a partir de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Disposiciones transitorias.- Hasta tanto se dicten nuevas normas, se declaran vigentes el Título cuarto de Libro primero del Código civil y todas las demás normas complementarias del mismo que estaban en vigor en la fecha de publicación de la Ley que se deroga".



Constituye también una inexactitud la afirmación implícita en la Exposición y en las Disposiciones transitorias de que la legalidad republicana había derogado la totalidad del Título cuarto del Libro primero del Código civil (159),

La retroactividad de la ley en algunos extremos es también digna de ser destacada (160).

Una importante ambigüedad aparece en el artículo 3º, al afirmar que el matrimonio civil contraído durante la vigencia de la Ley del 32 por ordenados in sacris o profesos con voto solemne de castidad sólo surtirán efectos civiles respecto del cónyuge de buena fé: ¿Quién es el cónyuge de buena fé?, ¿Se presumirá la mala fe de aquél que acudió, respetando la legalidad vigente, al matrimonio civil estando ordenado in sacris?

Pero el extremo en que más evidente resulta la falta de meditación de la norma comentada es en la disposición transitoria, disposición transitoria que, como ha señalado DE LA HERA (161), viene a cubrir provisionalmente el vacío dejado en la legislación matrimonial por el art. 1º de la propia Ley. Habíamos indicado, más arriba que la Ley pretendía aca-

---

(159) Vid. supra. II-A-d.

(160) Artículos 2º y 3º.

(161) DE LA HERA, Alberto, Matrimonio civil..., cit., pág. 651.

bar con la Legislación republicana y que no lo consiguió, y en efecto así fué, pues las Disposiciones transitorias al declarar "...vigentes...las normas ...que estaban en vigor en la fecha de publicación de la Ley que se deroga" lo que hace es declarar como derecho vigente la Orden de 10 de febrero de 1932; que no fuese eso lo que se pretendía es probablemente cierto, pero que fué eso lo que se hizo es un hecho (162).

La situación es pues en tal momento la siguiente: la legislación matrimonial está constituida por una ley (163) que declara vigente el artículo 42 del C.c. y la interpretación dada al mismo por la orden de 10 de marzo de 1932 -

---

(162) Estos mismos resultados, pero por camino distinto, son a los que llega DE LA HERA, Alberto, Matrimonio civil..., cit., págs, 651 y ss. No estamos de acuerdo con tal camino, pues creemos admisibles dos posturas 1.- Lo que el legislador quería restablecer era la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, y la restable, puesto que la voluntad del legislador está por encima del texto de la ley, y ello aunque sea de una forma técnicamente incorrecta. 2.- Lo que el legislador restablece, aunque fuera otra su voluntad, es la Orden de 1932, pues así se deduce del texto de la Ley de 1938. Lo que no consideramos correcto es decir que la Ley de 1938 restablece la Orden de 1932 porque es igual a la Real Orden de 1900 que es la que realmente quería restablecer. No olvidemos que como el mismo autor afirma, lo que el legislador quería no era establecer uno u otro sistema matrimonial sino "...borrar la obra legislativa de los años republicanos". DE LA HERA, Alberto, Pluralismo..., cit., pág. 69.

(163) De 12 de marzo de 1938.

(en contra de la voluntad del legislador), y por otra Ley (164) que permanece bloqueada por un Decreto (165). Podemos calificar el sistema, sin temor a exagerar, como contrario a la seguridad jurídica y técnicamente incorrecto (166).

A los pocos días, como recuerda DE FUENMAYOR (167) — "...se vió la necesidad de evitar el equívoco, y efecto, — se dicta la Orden del Ministerio de Justicia de 22 de marzo de 1938" (168)

---

(164) De 2 de marzo de 1932.

(165) De 2 de marzo de 1938.

(166) Un análisis de los matrimonios civiles contraídos en tal período sería fundamental para saber como se aplicó en la práctica tan complejo sistema.

(167) DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit., — pág. 22.

(168) "En aplicación de la Ley de 12 de marzo de 1938 derogatoria de la del matrimonio civil de 28 de junio de 1932 debe preverse sin demora a la solución de los expedientes de matrimonio civil pendiente y que deseen llevar a su fin los interesados.

Teniendo presente que el artículo 42 del Código civil impone claramente y lo abonan uniformes resoluciones, el matrimonio canónico, a cuantos españoles profesen la religión católica, debe exigirse para autorizar la celebración del matrimonio civil la declaración expresa de no profesar la religión católica, por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos; y cumplidos tales requisitos cabe darse a los expedientes de matrimonio civil promovidos después de 28 de junio de 1932.

En virtud, dispongo:

Artículo 1º. Los expedientes de matrimonio civil promovidos al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932, pueden seguir tramitándose y ultimarse siempre que ambos contrayentes o uno de ellos declaren expresamente que no profesan la religión católica; sin esa declaración previa, no podrá en modo alguno autorizarse el —

Se plantea, en esta Orden, el nuevo legislador por primera vez el dar contenido al término "profesar..." del artículo 42 del C.c. Tal vez, lo que impuso tal Orden no fué precisamente eso, sino el dejar claro que la legislación matrimonial republicana no era aplicable, y para alcanzar dicha meta, como demostramos más arriba, no había sido suficiente con la Ley derogatoria <sup>de</sup> la del matrimonio civil.

Bien es cierto que el ámbito normativo a que se aplica la nueva Orden queda reducido a "Los expedientes de matrimonio civil promovidos al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932...", lo que en buena técnica jurídica quiere decir que los expedientes de matrimonio civil promovidos con posterioridad a la Orden comentada, deberán atenerse a la Orden de 10 de febrero de 1932, que para dichos expedientes seguiría vigente. El legislador en su precipitación para borrar la legislación republicana, no conseguía pues otra cosa que suprimirla parcialmente, y ello a consta de introducir notables ambigüedades en el sistema.

---

matrimonio civil para los españoles.

Artículo 2º. Para reanudarse la tramitación de dichos expedientes deberá proceder instancia de las partes interesadas, considerándose fenecidos los expedientes cuyo seguimiento no se inste en el plazo de 30 días, a partir de la publicación de la presente Orden.

Artículo 3º. La tramitación de los expedientes referidos deberá sujetarse a las normas del artículo 100 del Código civil, con todos los requisitos en él comprendidos".

Cifrándonos al margen de aplicación de la Orden del 38, debemos de destacar que el sistema establecido para acceder al matrimonio civil podría calificarse de subjetivista con restricciones; desde luego, el anterior sistema (el de la Orden del 32) hacía más fácil el acceso al matrimonio civil; pero que para acceder al matrimonio civil bastase la declaración expresa de no profesión de uno de los contrayentes, supone tanto como configurar el sistema matrimonial más liberal de todo el período comprendido entre la promulgación de la Orden y nuestros días.

Una prueba del carácter "liberal" de la disposición - puede ser la afirmación de MONTERO "[La Orden de 1938] - estando inspirada, sin duda, en una buena intención, hubiera sido de desear que se hallase más conforme con el Derecho canónico, según el cual no basta la declaración de no - profesar la religión católica para dejar de ser católico y poder contraer matrimonio civil válido" (169).

El artículo 2º de la citada Orden es inexplicable, salvo en un contexto político muy determinado: el dar un plazo de 30 días para instar la reanudación de expedientes, considerándolos en caso contrario como caducados, en un momento - de guerra civil, es un plazo demasiado breve (170).

---

(169) MONTERO GUTIERREZ, Eloy, El nuevo Estado español y la institución matrimonial, "Revista de la Facultad de Derecho de Madrid", 2 abril-septiembre 1940, pág. 10.

(170) Recordemos que una de las primeras disposiciones de la Junta de Defensa Nacional fué el Decreto de 24 de julio de 1936 en el que quedaban suspendidos los plazos

Una semana más tarde una nueva disposición, la Orden - del Ministerio de Justicia de 29 de marzo de 1938 (171), se refiere también a temas matrimoniales, si bien de escasa -- trascendencia en lo que aquí interesa; se trata de la regu- lación de la forma que deben de tener los libros de la Sec- ción Matrimonial del Registro Civil. Dos puntos destacaremos: la insistencia en la restauración del Código civil dando por

---

y términos judiciales, así como los plazos de venci- miento de las letras de cambio y efectos mercantiles.

- (171) "Ilmo. Sr.: Publicada la Ley de 12 de marzo de 1938, - derogatoria de la de Matrimonio civil de 28 de junio - de 1932, y acordada en este aspecto la vigencia del C<sup>o</sup> digo civil, se impone la necesidad de volver a las nor- mas de la Real Orden de 31 de diciembre de 1920 en to- do lo relativo a la Sección de Matrimonios del Regis- tro Civil, debiendo en su consecuencia, derogarse la - Orden del Ministerio de Justicia de 14 de julio de 1932.

En su virtud dispongo:

1<sup>o</sup>.-- Se restablece la vigencia de la Real Orden - del Ministerio de Justicia de 31 de diciembre de 1920 en todo lo referente a los libros de la Sección de Ma- trimonios del Registro Civil que en lo sucesivo se ajus- tarán al modelo publicado con la misma.

2<sup>o</sup>.-- El día 20 del próximo mes de abril a las do- ce de la noche, se cerrarán en todos los Registros Ci- viles de la zona nacional los libros impresos de la -- Sección de Matrimonios existentes en la actualidad. A este efecto, en el último folio en blanco se extenderá una diligencia de clausura con referencia a esta Orden, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 del Regla- mento de 13 de diciembre de 1870, y el resumen circuns- tanciado que ordena el artículo 13 del mismo. Los demás folios que hayan quedado en blanco se inutilizarán, -- trazando en toda su extensión dos líneas de tinta cru- zadas en forma de aspa estampando en el centro el sello del Juzgado; en la parte inferior se inscribirá con -- caracteres claros la palabra "inutilizado", y firmarán a continuación el Juez Municipal y el Secretario.

3<sup>o</sup>.-- Se autoriza a los Jueces municipales, hasta que se provean de los nuevos libros de la Sección de - Matrimonios, para abrir, con carácter provisional, li- bros y cuadernos en forma y condiciones análogas a las que previene la segunda disposición transitoria del ci- tado Reglamento. Las inscripciones de matrimonios que -

tanto por supuesta su derogación durante la República- y de otra parte el borrar cualquier residuo de la legislación - republicana (en este caso volviendo a la Real Orden de 31 - de diciembre de 1920).

En el aspecto puramente Registral de la cuestión incide una nueva Orden del Ministerio de Justicia de 12 de agosto de 1938, que en su artículo primero declara nulas "las - inscripciones autorizadas por funcionarios distintos de los que determina la legislación del Registro civil anterior a - la misma fecha"; de las consecuencias que tal disposición - tuvo en el campo matrimonial y de las soluciones arbitradas por nuestro Tribunal Supremo daremos cumplida cuenta más adelante.

En aplicación de la mencionada Orden, una nueva Orden del mismo Ministerio, del 22 de septiembre de 1938, dice en su artículo 2º: "Las inscripciones practicadas a consecuencia de hechos conceptuados como matrimonios civiles contraídos durante la dominación roja, con arreglo a disposiciones distintas a las vigentes, antes del 18 de julio de 1936, y comprendidas en el artículo primero de la Orden Ministerial de 12 de agosto ya citada, se considerarán nulas, debiendo - anotarse marginalmente en las actas esta nulidad y solamente

---

en ellos se extiendan se ajustarán al modelo referido. Estos se cerrarán en cuanto se adquirieran los nuevos libros impresos que en todo caso habrá de ser antes del día 1º de junio del presente año".

podrán practicarse otras referentes a las mismas personas si contraen matrimonio con sujeción a las normas legales - actualmente en vigor".

Lo que es tanto como considerar nulos los matrimonios civiles contraídos después de tal fecha, matrimonios que - sin duda, en algunos casos fueron canónicamente válidos al amparo del cañon 1098 en su punto 1º (172).

Una pregunta se puede plantear a partir de esta Orden: ¿Cabría incluir en el supuesto de hecho regulado a los matrimonios contraídos en la llamada zona Nacional en el período transcurrido entre el 18 de julio de 1936 y el 12 de marzo de 1938?

Los artículos 2º y 3º de la Orden del 8 de marzo de - 1939 vuelven sobre el tema (173).

---

(172) Cánon 1098 1º del C.J.C.: "Si haberi vel adiri nequeat sine gravi incommodo paroc<sup>h</sup>us vel Ord<sup>i</sup>narius vel Sacerdos delegatus qui matrimonio -- assistand ad norman canonum 1095, 1096.

1º.- In mortis periculo validum et licitum est matrimonium contractum coram solis testibus;

et etiam extra mortis periculum dummodo prudenter praevideatur eam rerum conditionem esse per mensem duraturam".

(173) "Art. 2º: Se declararán nulas:

A) Las actas extendidas a consecuencia de matrimonios celebrados ante funcionarios distintos de los que preceptúa la Ley del Registro Civil, según se declaró en la Resolución del Servicio Nacional de los Registros y del Notariado -- del día 5 de Noviembre de 1938.



Algunas disposiciones incluídas en tal Orden merecen una mención: anular las actas de los matrimonios contrai-

---

B) Las originadas por matrimonios a los que no se hubieren aportado los documentos exigidos por la Ley, las cuales podrán ser convalidadas mediante la presentación de los mismos en el Juzgado Municipal donde se celebró el matrimonio.

D) Las producidas en virtud de matrimonios celebrados en los frentes de combate. Estas actas no pueden ser convalidadas gubernativamente.

E) Los procedentes de matrimonios celebrados por menores de edad, según el Código civil, sin consentimiento paterno, las cuales podrán ser convalidadas mediante la prestación del mencionado consentimiento.

F) Cualquiera clase de las extendidas a virtud de matrimonios contraídos a tenor de la legalidad revolucionaria en que haya fallecido uno de ellos. Estas actas no podrán convalidarse gubernativamente.

g) Las dimanantes de matrimonios celebrados con posterioridad a la Ley de 12 de marzo de 1938 publicada en el "Boletín Oficial del Estado" del día 21 del mismo mes y año con infracción del número cuarto del artículo tercero de la Ley citada, y del 42 del mismo cuerpo legal interpretado por la Orden del Ministerio de Justicia del día 22 de marzo del mismo año en el sentido tradicionalmente admitido de que para autorizar la celebración del matrimonio civil debe exigirse la declaración expresa de no profesar la religión católica ambos o al menos uno de los contrayentes. Las actas anuladas por haber infringido el artículo 83 del Código civil son insubsanables gubernativamente. Las que violaron el artículo 42 del mismo podrán convalidarse mediante la declaración anteriormente expresada ante el Juez Municipal Encargado del Registro en que estuvieron inscritas.

La anulación de las actas a que se hace referencia en todos los apartados de este artículo se entenderá siempre sin perjuicio de los derechos adquiridos por los hijos, y por el cónyuge de buena fé si hubiesen sido originados por matrimonios contraídos con infracción del número cuarto del artículo 83 del Código Civil.

Art. 3º: Sólo se mantendrán las anotaciones marginales sobre divorcios cuando éstos hayan sido acordados conforme a las causas señaladas en la Ley de 2 de marzo de 1932 por los Tribunales y en la forma que

dos por menores sin consentimiento constituye una ilegalidad estando vigente el art. 50 del C.c.; el anular las actas producidas en virtud de matrimonios celebrados en los frentes de combate. (¿a ambos lados de los frentes de combate?), sin dar ninguna razón, no tiene fácil explicación, o al menos no tiene explicación el que las actas anuladas no puedan ser convalidadas gubernativamente. Pero lo más destacable, para nuestro estudio de tal Orden, es el apartado G de su artículo 2º. En dicho apartado, a la pregunta ¿Qué es "profesar..."? se responde que no profesar es declarar expresamente que no se profesa; se sí -- que pués la línea ya marcada con anterioridad, pero lo -- más destacable, lo que convierte al sistema, al menos para un grupo de matrimonios, en un sistema prácticamente -- subjetivista en sentido estricto, es que para convalidar las actas anuladas en razón de no haberse hecho la mencionada declaración, es bastante que tal declaración se haga ante el Juez Municipal, aún con posterioridad a la celebra

---

la misma disponia, a virtud de sentencia firme acordada antes de la vigencia del Decreto de 2 de marzo de 1938, que suspendió la sustanciación de estos -- pléitos, y con la limitación introducida por la Orden del Ministerio de Justicia de 9 de noviembre -- del año último, en virtud de la cual cuando el pronunciamiento sea denegatorio del divorcio y las sentencias se encuentren pendientes de revisión interpuesta ante el Tribunal Supremo se considerarán firmes a todos los efectos. Estas anotaciones no pueden nunca ser objeto de convalidación gubernativa".

ción del matrimonio. El hecho de que se considere que el contraer matrimonio civil sin hacer la declaración de no profesión supone una violación del artículo 42 - del C.c. es tanto como decir que el único sentido que se pueda dar al artículo 42 es precisamente ese, ya veremos más adelante que el mismo legislador y tan sólo dos años más tarde, adoptó una postura distinta en cuanto al contenido del 42 C.c.

Una nueva Orden Ministerial, de fecha 22 de abril de 1939 (174) amplía los plazos de inscripción, exageradamente cortos, doncedidoa por la Ley de 12 de marzo de 1938 y la Orden de 8 de marzo de 1939. Tal plazo sería -

---

(174) "La Ley de 12 de marzo de 1938 concedió un plazo de sesenta día para la transcripción de los matrimonios canónicamente contraídos durante la vigencia de la Ley de matrimonio civil, que no fueran acompañados ni seguidos de éste, el cual plazo --- terminó hace ya bastante tiempo. Por otra parte, la Orden de 8 de marzo del corriente año concedió también un plazo de sesenta días para la transcripción de los mismos aplicable a los territorios recientemente liberados o al rescate de cada población española y habiando resultado breve este último plazo y pareciendo necesario unificar las normas sobre esta materia, este Ministerio ha acordado disponer:

Que los matrimonios canónicos contraídos durante la vigencia de la Ley de 28 de junio de 1932 y que no hubieran sido acompañados ni seguidos de matrimonio civil, pueden transcribirse en los Registros civiles hasta el día 31 de julio inclusive del año actual".

aún prolongado una vez más (175) hasta el 31 de diciembre de 1939 y otras mas en 1940 (176), para acabar suprimiendo todo tipo de límite temporal, en absoluta coherencia con los principios que pretendían inspirar la legislación matrimonial, según Orden del 31 de diciembre de 1940 cuya simple transcripción justifica suficientemente su existencia.

"Con las sucesivas prórrogas concedidas al plazo - señalado a la Ley de 12 de marzo de 1938 el objeto de - transcribir en los Registros Civiles los certificados - de matrimonios canónicos contraídos durante la vigencia de la Ley de Matrimonio Civil se ha conseguido que se - inscriban la mayor parte de estos matrimonios, pero puede haber ocurrido, por distintas causas, que no haya sido posible realizar la transcripción y no parece justo someter a los cónyuges que tuvieron el valor de no aceptar la legislación laica sobre el matrimonio civil o al instrucción de un expediente de inscripción fuera de plazo del matrimonio único reconocido legal por la Iglesia con las consiguientes molestias, y dilaciones y, sobre todo, con la limitación de no producir efectos civiles, sino desde su inscripción.

En virtud de las razones anteriores, este Ministerio ha tenido a bien disponer:

---

(175) Orden de 1 de septiembre de 1939.

(176) Orden de 9 de enero de 1940.

Artículo único.- Los matrimonios canónicos contraídos durante la vigencia de la Ley de 28 de junio de 1932, que no hubieran sido acompañados ni seguidos de matrimonio civil, pueden transcribirse en los Registros civiles hasta nueva disposición con la simple presentación en los mismos del certificado correspondiente, expedido con las formalidades legales".

El proceso de hacer desaparecer cualquier vestigio de legislación o actuación jurídica realizada en nombre de la República con posterioridad al 18 de julio de 1936 exigiría una nueva norma, y así el 8 de mayo del 39 una nueva Ley dice en su artículo 6º: "Se declararán nulas todas las actuaciones judiciales practicadas en pleitos de separación y divorcio por funcionarios al servicio de la dominación roja". Obviaremos cualquier comentario sobre tal resolución en razón de no interesar directamente a nuestro tema.

Habían transcurrido ya más de tres años desde que se inició la actuación militar que acabaría con la II República Española, y aún permanecía vigente la Ley del Divorcio, lo que constituía una incoherencia dentro de un sistema con claras pretensiones antidivorcistas; finalizada ya la guerra civil el legislador fué consciente de tal incoherencia y dictó una Ley con fecha 23 de septiembre de 1939 derogatoria de la Ley del Divorcio -

(177) Al margen de su elemento fundamental -su artículo 1º, que deroga la Ley del divorcio- esta Ley tiene

---

(177) "El nuevo Estado Español anunció, desde un principio, la derogación de la legislación laica, devolviendo así a nuestras leyes el sentido tradicional, que es el católico."

Por tanto, derogada la Ley del Matrimonio Civil y puestas en vigor, siquiera sea de un modo transitorio, las disposiciones del Título IV, Libro primero del Código Civil, no podía quedar en período de mera suspensión la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 siendo necesaria ya una derogación explícita de la misma, por tratarse de Ley distinta de la mencionada de Matrimonio y radicalmente opuesta al profundo sentido religioso de la sociedad española.

En su virtud, dispongo:

Artículo Único. Queda derogada la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 y las disposiciones complementarias de la misma quedando vigentes en la materia las disposiciones del Código civil.

Disposiciones transitorias.

1ª. Las sentencias firmes de divorcio vincular dictadas por los Tribunales civiles a tenor de la Ley que se deroga, respecto de matrimonios canónicos, hayan o no pasado los cónyuges a uniones civiles posteriores, se declararán nulas por la Autoridad judicial, a instancia de cualquiera de los interesados.

2ª Las uniones civiles celebradas durante la vigencia de la Ley que se deroga y en que uno o ambos cónyuges se hallasen divorciados a tenor de la misma, encontrándose ligados canónicamente a otra persona, se entenderán disueltos para todos los efectos civiles que procedan, mediante declaración judicial, solicitada a instancia de cualquiera de los interesados.

3ª. Serán causas bastantes para fundamentar las peticiones a que se refieren las precedentes disposiciones, el deseo de cualquiera de los interesados de reconstruir su legítimo hogar o simplemente el de tranquilizar su conciencia de creyente.

4ª. La patria potestad de los hijos nacidos de las segundas o ulteriores uniones civiles corresponderá, en el caso de disolución de ésta, al que

escasa repercusión en nuestro tema, pues se limita a -  
convertir una situación de hecho -la mera suspensión de  
la Ley de Divorcio, que nosotros preferimos llamar blo-  
queo o congelación, pues la Ley sigue vigente, no suspen

---

por mutuo acuerdo determinen sus propios padres y,  
a falta de acuerdo, al que el Juez designe.

Dichos hijos, en el caso de disolución de las  
referidas uniones civiles, gozarán, por concesión  
de la Ley, de la condición que tuvieran al ser -  
declarada la disolución.

5ª. Se reconoce plena eficacia jurídica en el  
Fuero civil, desde el momento de su firmeza y vali-  
dez canónica, a las sentencias firmes de los Tribu-  
nales eclesiásticos competentes declarando la nuli-  
dad de un matrimonio, y a los Rescriptos Pontifi-  
cios de disolución de matrimonio rato y no consuma-  
do, dictadas y otorgadas, respectivamente, durante  
la vigencia de la llamada Ley de Separación y de -  
Divorcio o con posterioridad a aquella.

Los interesados quedarán obligados a inscribir  
dichas sentencias y Rescriptos en el Registro Civil  
correspondiente, en el plazo de seis meses, que co-  
menzará a contrarse desde la fecha de promulgación  
de esta Ley.

6ª. Ningún cónyuge divorciado por sentencia -  
firme con arreglo a la Ley que se deroga podrá con-  
traer con tercera persona nuevo matrimonio en tanto  
subsista su vínculo canónico.

Esta prohibición comprende al cónyuge divorcia-  
do que, habiendo celebrado segundas o ulteriores --  
unionen civiles, se considerase civilmente viudo, -  
en tanto no se declare la nulidad de su matrimonio  
canónico que primeramente contraíó.

7ª. De conformidad con lo dispuesto en el Decre-  
to del Ministerio de Justicia de 2 de mayo de 1938,  
las diligencias incidentales del artículo 68 del Có-  
digo civil, acordadas en armonía con los preceptos -  
de la Ley que se deroga, podrán convalidarse median-  
te ratificación en el Juzgado correspondiente, siem-  
pre que se presente en el plazo de un mes, a partir  
de la publicación de esta Ley, y se admitan las de-  
mandas a que hace referencia el artículo 67 del Cód-  
igo civil.

El Ministerio de Justicia dictará las disposi-  
ciones que regulen la tramitación y efectos de esta  
derogación".

dida, aunque inoperante- en una situación de derecho: su derogación; dos aspectos merecen, sin embargo ser destacados, y ambos recogidos en la exposición de motivos: el insistir en considerar que el Título IV, libro primero del -- C.c., quedó derogado durante la República, y el declarar -- la intención de proceder a una reforma del articulado del Código en materia matrimonial ("... siquiera sea de un modo transitorio...") casi una década sería necesaria para -- alcanzar tal objetivo.

El aspecto puramente procesal de esta disposición fué regulado más tarde mediante la Ley de 28 de octubre del -- mismo año, y aún fué necesaria otra disposición reguladora de tal aspecto en ese mismo año: nos referimos a la Orden del Ministerio de Justicia de 2 de Diciembre de 1939; y -- aún otra más, la Orden de 7 de enero de 1941.

Concluía con la Ley derogatoria de la del Diforsio, y todo el grupo normativo consecuente, lo que constituya, en nuestra opinión, una primera fase en la actividad legisladora en materia matrimonial del llamado Nuevo Estado.

La meta básica exclusiva y excluyente, que se había -- propuesto el legislador en tal fase estaba concluida; dicha meta era --ya lo hemos señalado anteriormente-- el borrar cualquier vestigio de legislación republicana, e incluso los efectos jurídicos que tal legislación había producido, para ello necesitó una avalancha de disposiciones, disposiciones que en repetidas ocasiones causaron situaciones a las cuales



tuvo que atender la jurisprudencia por la inconcreción legislativa.

Señalábamos páginas mas atrás el carácter de provisionalidad y precipitación que la primera legislación tuvo, -- lo que pensamos que ha quedado suficientemente demostrado; el simple recuento de las disposiciones promulgadas en materia matrimonial --cerca de la veintena-- sería la mejor -- confirmación de tal aserto.

Una nueva fase empezaba; la guerra civil quedaba atrás y aún mas lejos la República; al menos se pretendió que -- quedara lejos jurídicamente. Las nuevas disposiciones legales comenzaron a ser mas creadoras que destructivas, y lo -- que fué una regla general en toda la legislación no quedó -- ausente en la específicamente matrimonial.

Esta nueva fase (178) se abre con la disposición no -- derogatoria mas importante de los últimos cuarenta años, -- su rango fué el de una simple Orden Ministerial: la del 10 de marzo de 1941.

Con esta Orden la legislación matrimonial española adquiere un aire más pausado, más meditado; las principales -- modificaciones se producirán muy distanciadas, y la Jurisprudencia y la D.G.R. adquieren una posición que hasta entonces les había estado vedada.

Pasemos, pues, a realizar un análisis de tal norma, cu

---

(178) ~~ibidem~~ Vid. ESPIN, Diego, Manual ---, cit., vol. IV, pág. 28

yo texto es el siguiente:

"El artículo 42 del Código civil ordena la obligatoriedad del matrimonio canónico, para cuantos, proponiéndose -- contraer legítimas nupcias, profesen la Religión católica.-- La defectuosa redacción de dicho artículo, que ni siquiera llegó a prevér la distinción entre la acatolicidad de ámbos o de uno sólo de los contrayentes, así como también la desacertada de otras varias disposiciones correlativas del mismo título IV, libro I, del Código civil, mas acentuada después de la publicación del nuevo Código Canónico, incorporado a la legislación española por Real Decreto de 19 de mayo de 1919, exigen una revisión meditada de aquellos artículos. Pero ello no obsta a que, en tanto continúen vigentes, ob--tengan su debida aplicación.

A aumentar las dificultades expresadas concurre la diversidad de disposiciones administrativas, tantas veces contradictorias de su propia esencia, con que los regímenes anteriores, víctimas del doctrinalismo liberal, vacilaron en sus interpretaciones, cuando no las rindieron escandalosamente al sectarismo político, enfrentándolas con el verdadero sentido del precepto y las doctrinas fundamentales de la Iglesia.

La contradicción evidente entre tales disposiciones, -- agravada posteriormente por la perturbación que en tan delicicada materia introdujo el espíritu anticatólico de la Repú-

blica, ha originado una lamentable confusión en la aplicación de los textos legales, que es preciso desvanecer con la promulgación de una norma general, que, unificando los criterios, restablezca el sentido verdadero de la disposición y ampare el espíritu de instituciones tan sagradas -- como la familia y el matrimonio, objeto de las atenciones preferentes del nuevo Régimen.

En su virtud, este Ministerio, previa deliberación del Consejo de Ministros, ha tenido a bien disponer:

1º. Los jueces municipales no autorizarán otros matrimonios civiles que aquellos que, habiendo de contraerse -- por quienes no pertenezcan a la Religión Católica, se pruebe documentalmente la acatolicidad de los contrayentes, o, en el caso de que esta prueba documental no fuere posible, presenten una declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya exactitud se halla ligada la validez y efectos civiles de referidos matrimonios.

2º. Quedan derogadas todas las disposiciones administrativas que se opongan a la presente Orden".

Esta nueva disposición ha sido reiteradamente comentada por la doctrina, la actitud doctrinal respecto a la solución adoptada será expuesta en un epígrafe posterior y -- por ello no aludiremos a ella aquí; centraremos nuestro -- análisis en tratar de descubrir cual es el sentido que es-

ta disposición da al término "profesar..."; pero antes de pasar a tal extremo creemos necesario referirnos, siquiera sea muy sucintamente, a algunos de los aspectos más relevantes de tal disposición.

La primera -y principal- duda que suscita la Orden -- del 41 es la de su validez. Las dos posturas extremas que darian resumidas en las opiniones doctrinales. Para VELLVE (179) "...la Orden Ministerial de 10 de marzo de 1941 derogó o abrogó (prácticamente) el art. 42 del Código civil...". La postura contraria la encontraríamos en todo el amplio - grupo de autores que mencionando tal Orden, no aluden a su nulidad, y a los que nos referiremos más adelante.

¿Es o no es válida la Orden del 41?. La respuesta es clara: será válida en la medida en que se ajuste a las disposiciones de rango superior, en este caso concreto al Código civil, ya que una Orden Ministerial no puede derogar - una Ley. El problema es que dichas disposiciones de rango - superior -artículo 42 del C.c. básicamente- no tienen un -- contenido inequívoco. Ante tal hecho se pueden adoptar dos posturas: 1.- Doctrinalmente, unilateralmente, considerar - que el artículo 42 del C.c. tiene un contenido específico - en consecuencia, si la Orden del 41 violenta ese contenido no será legal. 2.- Considerar que el fijar el contenido, -- inconcreto -voluntaria o involuntariamente inconcreto- del

---

(179) VELLVE BUENO, Ernesto, Matrimonio civil de acatólicos en España, "Revista de Derecho Privado" Tomo XLI, enero-diciembre 1957, pág. 536.

artículo 42 del C.c. no es misión doctrinal, sino jurisprudencial. De adoptarse tal posición -que es la que nosotros consideramos correcta-, la Orden del 41 será conforme a derecho si no es contraria a la solución jurisprudencial; así pues, para determinar la validez de la tan repetida disposición, será necesario descubrir el espíritu jurisprudencial sobre la materia en el período de vigencia -o de pretendida vigencia- de tal disposición; a ello se dedica gran parte - del capítulo IV del presente trabajo. Y no se diga que, en el supuesto de que la jurisprudencia sea concordante con la Orden del 41, la validez de la Orden del 41 es reconocida - por el T.S. al fallar conforme a ella, el proceso es el inverso. Las sentencias del T.S. no son conforme a Derecho -- por respetar la Orden de 1941, sino que, por el contrario, - la Orden del 41 es legal porque se ajusta a la interpretación dada por la jurisprudencia del artículo 42 del C.c.

En la Exposición de motivos de la Orden, se recoge una declaración de objetivos: modificar la legislación matrimonial española y modificarla en el sentido de adaptarla al - Derecho Canónico.

En el segundo párrafo de dicha Exposición de motivos - se acude a los anteriores regímenes de dificultar la interpretación del artículo 42 del C.c. por haber dictado varias disposiciones administrativas; esta acusación hecha por la Administración -en una disposición administrativa interpretadora del artículo 42 del C.c.- que había dictado en un --

trienio una docena larga de disposiciones administrativas que incidían en tal tema, no puede menos que ser calificada de paradójica.

El considerar que esta Orden restablece el sentido verdadero del artículo 42, es tanto como decir que esta Orden está de acuerdo con el sentido de tal precepto ¿Por que, pues, proceder a su desarrollo, si el texto tiene ya un sentido?.

Otras muchas dudas y comentarios plantea esta disposición, no es este el lugar de extenderse en ellas habiendo ya la doctrina señalado varias (180).

¿Que es "no profesar..." para la Orden del 41? No profesar, a tenor de su artículo 1º será, o bien, probar documentalmente la ~~a~~catolicidad, o presentar una declaración jurada de que no se ha sido bautizado, y que tal declaración sea cierta.

El probar un hecho es algo, en principio, siempre posible; el probar la inexistencia de un hecho es algo prácticamente imposible. Yo podré probar, por ejemplo, que he sido bautizado (mediante la exhibición de un acta de bautismo), que he cometido un delito (mediante la exhibición de un certificado de antecedentes penales), o que soy Licenciado en Derecho (mediante la exhibición del correspondiente -

---

(180) Para un resumen de algunas de ellas Vid. DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit., págs. 25 y 26.

título académico); lo que <sup>no</sup> podré probar -y menos documental- es que no estoy bautizado, que no he cometido - un delito (podré probar, mediante un certificado de antecedentes penales negativo, que en un determinado Registro no se ha constatado que yo he cometido un delito, no que efectivamente no lo haya cometido), o que no estoy licenciado en Ciencias Químicas (salvo que presente certificados académicos de todas las Facultades de Ciencias Químicas del mundo en los que se haga constar que no he obtenido tal grado. Y esto es inviable en la práctica). Del mismo modo yo podré probar que soy acatólico -siempre que se me diga que se entiende por católico- y aún esto con dificultades; lo que no podré probar es que no estoy bautizado.

Así pues creemos que para la Orden del 41 profesar es idéntico a estar bautizado, y no necesariamente en el catolicismo.

DE LA HERA ha dicho que "...el sistema matrimonial de la Orden de 10-III-1941 es el del matrimonio civil subsidiario en su más rígida formulación..." (181).

Nosotros creemos que el Ministerio de Justicia va -- más lejos, creemos que el Ministerio de Justicia pretende volver al sistema de la Real Cédula de 12-VII-1564 (Novísima Recopilación 1,1,13), es decir al sistema de matrimonio

---

(181) DE LA HERA, Alberto, Matrimonio civil..., cit., pág. 655.

religioso -canónico- obligatorio. Es bien cierto que teóricamente no es así, que el matrimonio civil es una figura - que contempla nuestra legislación en 1941; que aquél que - no haya sido bautizado, y lo declare mediante juramento, - podrá acceder a dicho matrimonio, pero debemos de tener - en cuenta la configuración de la estructura poblacional - española ¿Cuántos españoles, en 1941, no estaban bautizados, en cualquier Iglesia, y además estaban dispuestos a - declararlo bajo juramento? insistimos; en la práctica, la Orden Ministerial de 1941 configura -o pretende configurar- un sistema matrimonial próximo al de matrimonio religioso - -canónico- obligatorio.

El proceso institucionalizador del nuevo régimen comenzó (182) y se desarrolló paralelamente al proceso de - acercamiento -a nivel jurídico- entre España y la Santa Se de (183) que concluiría, en su hito más fundamental, el - Concordato de 26 de octubre de 1953. Es precisamente este - acuerdo concordatario el texto legal que incidiría en el - sistema matrimonial español inmediatamente después de la - Orden del 41, si bien no conviene olvidar que: "...el Con-- cordato no contempla todo el campo jurídico del matrimonio, ni directamente (184)...ni indirectamente..." (185).

---

(182) Ley de 17 de julio de 1942 creando las Cortes Españolas; Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945; Ley de sucesión a la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947.

(183) Acuerdo sobre el modo de ejercicio del Privilegio de presentación entre el Gobierno español y la Santa Se de, de 7 de junio de 1941; Acuerdo entre la Santa Se de y el Gobierno español para la provisión de benefi



El artículo XXIII del Concordato dice: "El Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico", precepto que en nada altera al sistema ya vigente.

El artículo XXIV en el que "El Estado español reconoce la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la separación de los cónyuges, en la dispensa del matrimonio rato y no consumado y en el procedimiento relativo al Privilegio Paulino", y que en los sucesivos números regula determinados aspectos procesales y de relación entre los Tribunales Eclesiásticos y Civiles, es, en cierta medida, un corolario del anterior artículo.

Por último, los cuatro párrafos del protocolo final dedicados al tema son un mero desarrollo del artículo XXIII, fundamentalmente en su aspecto registral.

No creemos, en definitiva, que el concordato del 53 haya tenido la importancia que la doctrina ha pretendido darle en materia de sistema matrimonial.

---

cios no consistoriales, de 16 de julio de 1946. Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español sobre Seminarios y Universidades de Estudios Eclesiásticos, 8 de diciembre de 1946; Decreto-Ley de 1 de mayo de 1947 reconociendo el Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de España.

(184) Dice "indirectamente" en el original por evidente error tipográfico.

(185) DE LA HERA, Alberto, Matrimonio civil..., cit., págs 639 y 640.

Así pues, la Orden del 41 <sup>seguía</sup> ~~según~~ siendo válida, si al alguna vez lo fué, y lo seguiría siendo plenamente, al menos hasta el 26 de octubre de 1956, fecha en la que un Decreto modifica determinados artículos del Reglamento del Registro Civil. Decreto cuyo texto íntegro es el siguiente:

"Artículo 12. Los artículos 37, 38, 30, 41 y 100 del -- Reglamento de 13 de diciembre de 1870 para la aplicación -- de la Ley provisional del Registro Civil, quedarán redactadas como sigue:

Art. 37. De conformidad con el artículo 42 del Código, el matrimonio civil será autorizado en el sólo caso de que ámbos contrayentes prueben que no profesen la Religión Católica.

Art. 38. Los que intenten contraer matrimonio presentarán al Juez o Cónsul correspondiente la declaración y los documentos señalados en el artículo 86 del Código Civil. -- Cuando no pueda ser firmada por alguno de los contrayentes lo hará alguna persona a su ruego.

Acompañarán a dicha declaración, además, las certificaciones para acreditar su domicilio o residencia durante -- los dos últimos años y, en todo caso, la prueba de los motivos que aleguen para celebrar esta clase de matrimonio.

Art. 40. Inmediatamente después de presentada la declaración solicitando la celebración del matrimonio, el --

Juez dictará providencia, mandando que se ratifiquen en ella los interesados. Si la celebración adoleciere de alguna omisión o defecto, se suplirá o subsanará en el acto de la ratificación, adicionándose o corrigiéndose lo que para ello - fuere necesario, la diligencia de ratificación se firmará - por el Juez, por los interesados o, si no supieren o pudie-- ren firmar, por la persona que suscribió la declaración a - su ruego, y por el Secretario.

Art. 41. Una vez hecha la ratificación, el Juez dispondrá que se formen y publiquen los correspondientes edictos, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 89 del Código Civil, salvo caso de dispensa.

Además, si se tratase de bautizados en la Iglesia Católica o de aquellos que, convertidos a ella, hayan apostatado posteriormente e intentasen contraer matrimonio civil -- entre sí o con persona católica, una vez hecha la ratificación, el Juez informará circunstancialmente de la petición a la Autoridad eclesiástica diocesana de su territorio, en -- el plazo de ocho días mediante notificación en forma. No -- procederá el Juez a la celebración del matrimonio hasta después de transcurrido un mes de haber realizado la notificación expresada.

Si antes de celebrarse el matrimonio civil se advirtiese la existencia de algún impedimento u obstáculo legal, se procederá conforme determinan los artículos 97 y 98 del Código Civil.

Art. 100. Las dudas que ocurriesen a los Jueces encargados del Registro Civil acerca de la preparación y celebración de los matrimonios o sobre la inteligencia y aplicación de la Ley del Registro Civil y del presente Reglamento, serán consultados por los mismos en comunicación clara y precisa a los jueces de Primera instancia, quienes las resolverán por auto motivado a la mayor brevedad, con audiencia del Ministerio Fiscal si las dudas surgieran sobre la concurrencia de las circunstancias y requisitos necesarios para hacer viable la forma civil de los matrimonios a que se refiere el párrafo segundo del artículo 41, o se tratase de cualquier otro caso igualmente grave, se suspenderá la ejecución del auto y se elevará, con el dictamen del Fiscal y demás antecedentes, a la Dirección General para su resolución definitiva.

Art. 2º. Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a las de este Decreto, y autorizado el Ministro de Justicia para dictar las complementarias que su aplicación requiera".

Prescindiremos, una vez más, de realizar un resumen de las opiniones doctrinales motivadas por esta reforma del reglamento aludiremos a ellas más adelante y en cualquier caso un resumen de las mismas se puede encontrar en la obra de DE FUENMAYOR repetidamente citada (186).

---

(186) DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit., págs. 40 y ss.

Nos limitaremos a, sobre el texto del Decreto, tratar de determinar en que sentido se inclina ahora el legislador.

El nuevo artículo 37 del Reglamento del Registro Civil se limita a ratificarse en la posición adoptada por la Orden del 41, contra la interpretación tradicional del artículo 42 del C.c., acerca de la necesidad de no profesión de ámbos contrayentes para que el matrimonio civil sea posible; estimamos que es esta la interpretación correcta del precepto legal. El C.c. afirma en su primitiva redacción, - entonces vigente, que "...el [matrimonio] canónico [es - aquél] que deben contraer todos los que profesen la religión católica..." (187). Así pues, del tenor literal de tal precepto se deduce inmediatamente que todo aquél que, profesando la religión católica, pretenda contraer matrimonio, lo deberá contraer canónicamente, independientemente de con quien lo contraiga, y de esta regla general ni el Código civil, ni ninguna otra norma del mismo rango -y posterior- o de rango superior, establece excepción alguna. Consideramos, pues, injustificadas las críticas doctrinales acusando de - inexactitud a nuestro C.c. en dicho punto, del mismo modo - que consideramos innecesaria la reforma del artículo 42 --- C.c. respecto de tal punto. No estamos emitiendo un juicio de valor respecto de una posición legislativa -clara-, nos limitaremos a exponer tal posición.

Pero el aspecto más importante de este Decreto, el --

---

(187) Artículo 42 del C.c.

punto en el que quiebra la interpretación mantenida desde 1941, es respecto a qué se debe entender por "profesar..."

El sistema interpretativo del término se basa en tres prescripciones:

a.- "...el matrimonio civil será autorizado en el caso de que ambos contrayentes prueben que no profesan la Religión católica" (188).

b.- "...[ambos contrayentes deberán presentar] la prueba de los motivos que alegasen para celebrar esta clase de matrimonio" (189).

c.- Si se tratase de bautizados en la Iglesia Católica o de aquellos que, convertidos a ella, hayan apostatado posteriormente e intentasen contraer matrimonio civil entre sí o con persona católica... el Juez informará circunstancialmente de la petición a la Autoridad eclesiástica — diocesana de su territorio en el plazo de ocho días, mediante notificación en forma. No procederá el Juez a la selebración del matrimonio hasta después de transcurrido un mes de haber realizado la notificación expresada" (190).

---

(188) Artículo 37 in fine del R.R.C.

(189) Art. 38, párrafo 2º in fine del R.R.C.

(190) Art. 41 párrafo 2º in fine R.R.C.

¿Quien tiene acceso al matrimonio civil en virtud de este Decreto?.

Para acceder al matrimonio civil será necesario probar que no se profesa el catolicismo y probar los motivos que se alegan para celebrar tal matrimonio. ¿Son estas dos pruebas distintas?. Pensamos que no (191), ya que el único motivo que se puede alegar para no contraer matrimonio canónico es que no se es católico, cualquier otro motivo creemos que traería como consecuencia automática el dejar de ser católico, y por lo tanto sería reconducible a este. Se quiere algo más, y esto solamente en el caso de los bautizados en la Iglesia Católica, una comunicación a la Autoridad eclesiástica y esperar un mes tras dicha notificación, la respuesta, en el supuesto de que se produzca con carácter denegatorio, de la Autoridad eclesiástica, a tenor del Decreto no será vinculante.

Así pues, no profesarán el catolicismo: 1º.- Los no bautizados (al igual que en el sistema de la Orden Ministerial del 41); 2º.- Los bautizados en Iglesias no católicas (a diferencia de la Orden del 41); 3º.- Los bautizados en la Iglesia Católica o convertidos a ella que hayan apostado, previa notificación a la Autoridad eclesiástica y transcurrido un mes de tal notificación. En este tercer supuesto

---

(191) Vid. una opinión contraria en VELLVE BUENO, Ernesto, Matrimonio civil..., cit., pág. 543.

¿bastará con eso? o ¿será necesaria la autorización discrecional del Juez?. El último párrafo del artículo 41, y el artículo 100, permiten suponer que tal autorización no será necesariamente automática. Estimamos, sin embargo que los artículos 97 y 98 del C.c. no son aplicables a la prueba de no profesión, ya que dichos artículos se refieren a impedimentos, y no creemos que dentro del concepto de impedimentos del C.c. (192) pueda incluirse tal supuesto.

En cuanto al art. 100 creemos que la idea de fondo es que el Juez puede conceder la autorización, y en el caso de que no la conceda es la DGR y N la competente para autorizar o denegar el matrimonio civil. Al menos así funciona en la práctica.

Consciente la D.G.R. y N. del lugar preminente que le tocaba, en Orden a la aplicación del artículo 42 del C.c. - en virtud del Decreto del 56, poco tiempo mas tarde -el 2- de abril de 1957- dirige una Instrucción Circular a los Presidentes de las Audiencias, que incide muy directamente en el tema, consideramos necesaria su transcripción íntegra.

"Aunque la nueva redacción del Decreto de 26 de octubre de 1956 (Boletín Oficial de 13 de noviembre) a los artículos 37,38,40,41 y 100 del Reglamento del Registro Civil

---

(192) Vid. arts. 45,83,84,85,89,96,97,98,99,329 y 919 del C.c.



termina con antiguas dudas interpretativas del artículo - 42 del Código Civil, ha parecido oportuno, en razón a la gravedad de la materia, instruir a los órganos que inter- vienen en la celebración de matrimonios civiles sobre el espíritu del citado art. 42 en orden a la no profesión - de la Religión católica, que constituye un presupuesto ne- cesario para que estos actos puedan ser autorizados.

I. Según dispone actualmente el art. 37 del Reglamen- to del Registro Civil "de conformidad con el art. 42 del Código, el matrimonio civil será autorizado en el solo ca- so de que ámbos contrayentes prueben que no profesan la - Religión Católica".

Basta que uno de los contrayentes profese esta Reli- gión para que no quepa otra clase de matrimonio que el ca- nónico. Es decir, que la acatolicidad ha de darse en ám- bos contrayentes para que la unión civil sea posible. Re- quisito previo obligado de la celebración del matrimonio civil es, pues, la prueba de que ninguno de los dos profe- sa la Santa Religión Católica, Apostólica y Romana. En con- secuencia, la circunstancia de profesar o no profesar la - Religión Católica queda erigida por la norma en concepto - clave, en concepto decisivo para la delimitación de los -- sujetos a quienes es posible el matrimonio civil.

La incorporación o adscripción a la Religión Católica se produce por el Bautismo en la Iglesia Católica o por la

conversión a ella de la herejía o del cisma.

Así resulta claro que no profesan la Religión Católica los no bautizados y aquellos que lo fueron en la herejía o en el cisma.

Igualmente resulta claro. Conforme al recto sentido del art. 42 del Código civil y a nuestra conciencia católica, la de la que es expresión nuestro vigente Concordato con la Santa Sede, que la adhesión o profesión de la fe católica se presume válidamente en toda persona que se incorpore a la Iglesia Católica por el bautismo o la conversión. Mientras no se de una actitud desvinculadora y apóstata, material o formalmente evidente, ha de entenderse que el bautizado en la Iglesia Católica o convertido a ella de la herejía o del cisma continúa en la Religión Católica. Lo que quiere decir (supuesto del párrafo 2º del art. 41, en relación con el 37, ambos del Reglamento del Registro Civil, - modificado por Decreto de 26 de octubre de 1956) que la forma civil del matrimonio sólo será aplicable en el caso de que ámbos contrayentes hayan evidentemente apostatado de la fe católica o si una persona que se halla en tales condiciones intenta contraer con una acatólica, sin que, por tanto, la posibilidad de proceder al acto civil pueda extenderse a otra condición de personas, aunque sean indiferentes u hostiles a la práctica de la Religión.

Es cierto que se puede apostatar en un momento determinado; pero el carácter imperativo del art. 42 del Código

civil, que impone el matrimonio canónico a los que profesen la Religión Católica, exige que se desconfie de las - apostasías que tienen lugar al tiempo que se pretende contraer matrimonio civil, pues bien pudieran ser motivadas, mas que por un cambio de fé, por el deseo de eludir la -- disciplina canónica del matrimonio. De permitir fácilmente estas apostasías iríamos prácticamente al matrimonio - civil facultativo, repudiado por la Iglesia y por los deberes que al Estado impone su catolicidad declarada, y no acogido en el derecho español vigente.

El supuesto de apostasía es excepcional y por tanto, deben ser objeto de interpretación y aplicación restrictiva.

II. Quede bien entendido que continúa permaneciendo - en pleno vigor lo dispuesto en el art. 83, núm. 4º del Código civil, relativo a los que han recibido Ordenes Sagradas o se hallen ligados con voto solemne de castidad, los cuales no pueden contraer matrimonio, a no ser que unos u otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica.

III. El art. 37 del Reglamento del Registro Civil, en su redacción actual, exige, para que el matrimonio civil, pueda ser autorizado, que "ambos contrayentes prueben que no profesan la Religión Católica", y a esta prueba se refiere también el art. 38, al requerir "la prueba de los motivos que alegaren para celebrar esta clase de matrimonio".

En congruencia con lo dicho sobre las condiciones que integran el concepto de "profesar la Religión Católica", - se entenderá acreditada la no profesión cuando se pruebe, por los medios admitidos en Derecho la concurrencia de alguna de estas dos disposiciones: 1ª. No haber sido bautizado en la Santa Iglesia Católica o no haberse convertido a ella de la herejía o del cisma. 2ª. Haberse apostatado - formal y materialmente.

Para demostrar la falta de incorporación, en momento alguno, de la persona a la Religión Católica, la prueba ha de acomodarse a la naturaleza de un hecho negativo, cual - es que no está bautizada en el seno de la Iglesia Católica, o que, estando bautizada en la herejía o en el cisma, no se convirtió. Normalmente podría ser suficiente la propia declaración de los contrayentes, ratificada por testigos o - que no han sido bautizados ni se convirtieron a la herejía o de la misma, según los casos, o que nacieron en una am--biente acatólico en el que resultará anómalo bautizarse al nacido. Sin embargo, es lógico, que en este último supuesto no se admita con facilidad que en España puedan darse - estos ambientes, dado que los españoles son católicos en - su casi totalidad. Y en estos casos ha de ser sumamente conveniente exigir las certificaciones negativas de bautismo.- expedidas por los párrafos correspondientes, con referencia al trimestre siguiente al nacimiento.

En cambio, cuando conste que el contrayente fué bauti-

zado en la Iglesia Católica o converso, debe exigirsele - prueba suficiente y adecuada de su actitud ostensiblemente desvinculadora y apóstata de la dogmática fundamental del catolicismo. Esta prueba ha de realizarse también --- por los medios admitidos en Derecho, pero ha de ser lo -- suficientemente expresiva para llevar al ánimo del Juez - la convicción de una auténtica apostasía. El Juez, si la prueba presentada no fuese concluyente, exigirá se comple- te con otros medios referidos a las situaciones en que se manifiestan las profundas creencias de las personas, cuidando siempre de eliminar cualquier subterfugio que pueda eludir el mandato del art. 42 del Código civil, pero evitando, así mismo, que sus exigencias constituyan obstáculos de hecho invencibles.

IV. En la declaración presentada por los contrayentes, al efecto de contraer matrimonio civil, éstos manifestarán siempre si están bautizados en el seno de la Iglesia Católica o fueron convertidos a ella de la herejía o del cisma. En caso de que por este u otros medios le conste al Juez - el bautismo o la conversión de uno de los dos contrayentes procederá a hacer la notificación a la autoridad aclesiástica diocesana de su territorio, en los términos establecidos en el art. 41 del Reglamento, consignando los datos que identifiquen a los contrayentes, domicilios respectivos, actitud en que se hallan, según la declaración, respecto de la Religión Católica, y cuantos elementos de juicio consten en el expediente. Si la autoridad eclesiástica

diocesana demandase una mayor información o el conocimiento de antecedentes, el Juez, si obrasen en el expediente, deberá facilitar copia o nota suficiente.

Están obligados a hacer la notificación expresada -- los Jueces que, conforme al Código, reciban las declaraciones de los contrayentes. Ahora bien, el juicio sobre -- si procede el acto civil, corresponde al Juez elegido para la celebración del matrimonio.

Ha de advertirse que en caso de que los contrayentes figuren con domicilios distintos, pertenecientes a diferentes diócesis, no procederá el Juez a la celebración del matrimonio hasta después de transcurrido un mes de haberse -- realizado la notificación a uno y otro ordinario diocesano.

No obstante, el Juez autorizará el matrimonio civil del que se halle en inminente peligro de muerte, si ambos contrayentes declarasen que no profesan la Religión Católica, en este supuesto se cumplirán las prescripciones establecidas en cuanto fuesen compatibles con la urgencia del acto.

V. Las dudas que, conforme al art. 100 del Reglamento puedan ser consultadas, han de versar sobre cuestiones de Derecho entre las que están las que se originen sobre los conceptos utilizados por las normas, y concretamente el de profesar o no profesar la Religión Católica, en relación --

con la prueba practicada. Sin embargo, quedan a salvo las superiores prerrogativas de la Dirección y de los Jueces de primera instancia, quienes acordarán lo que estimen más conveniente para el mejor desempeño de las funciones que - los Jueces que les están subordinados tienen en orden a la celebración del matrimonio, como, por ejemplo, el ordenar la ampliación de las pruebas, e incluso imponer la superior apreciación de las presentadas.

En garantía de cumplimiento de las normas legales, - queda abierta siempre la vía judicial para impedir o conseguir la autorización del matrimonio civil.

El Ministerio Fiscal, que debe ser notificado por el Juez de la existencia del expediente sobre matrimonio civil, puede aportar las pruebas oportunas, y si estimase, - frente al Juez que habrá de autorizar el matrimonio, que no debe procederse a su celebración (párrafo 3º del artículo 41) actuará en cualquier momento anterior a la celebración del matrimonio, conforme a los arts. 97 y 98 del Código civil, suspendiéndose aquella celebración mientras dure el procedimiento.

VI. Dada la importancia de estas cuestiones, los jueces de primera instancia velarán muy especialmente por el cumplimiento de cuanto se expone en esta instrucción por parte de los Jueces competentes para autorizar los matrimonios civiles; celo que igualmente podrán los Jueces mu-

nicipales y comarcales, tanto para cumplir ellos mismos lo jurídicamente dispuesto como para hacerlo cumplir a los jueces de paz.

Los Jueces municipales exigirán de los de paz que les den cuenta inmediata de las solicitudes de matrimonio civil que reciban, para instruirles urgente y debidamente de sus obligaciones, a fin de que se atengan a lo que en cada caso proceda" (193).

Lo primero que hay que tener en cuenta es un hecho - que, tal vez, aparezca como obvio: que nos encontramos an te una mera circular de la D.G.R. y N. por lo tanto con - escasa capacidad -a nivel teórico- modificadora del sistema matrimonial vigente legislativamente. Si algo de esta - Circular se opone a la legislación evidentemente no será - aplicable en dicho punto.

Sorprende la afirmación contenida en el primer párrafo de la Circular en el sentido de que el Decreto del 56 había resuelto las posibles dudas interpretativas del ar tículo 42 del C.c.; esta afirmación al comienzo de una - Circular tan extensa cuya misión es instruir en la interpre tación del 42 C.c. puede ser calificada de paradójica. Sin embargo hay que reseñar que pocas son las novedades - que esta circular supone con respecto al Decreto que reformó el Reglamento del Registro Civil.

---

(193) Citada en: DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit., nota 82 en las págs. 49-53.



En el punto I de la Circular se insiste en aspectos que quedaban claros en el Decreto: ambos contrayentes deberán "no profesar..." si pretenden contraer matrimonio civil, y no profesarán los no bautizados, ni los bautizadados en secta acatólica y que posteriormente no ingresen en el catolicismo.

Nos resistimos a no transcribir, una vez más, una - afirmación contenida en este mismo punto I, ya que constituye una prueba de una de las tesis esenciales contenidas en este trabajo "...la circunstancia de profesar o no profesar la Religión Católica queda erigida por la norma en concepto clave, en concepto decisivo para la delimitación de los sujetos a quienes es posible el matrimonio - civil".

El intento de apoyarse en el Concordato para justificar tal interpretación, el señalar que el matrimonio civil facultativo se opone a la confesionalidad del Estado, y el considerar que la apostasia debe ser objeto de interpretación restrictiva son también puntos notables.

El punto III resuelve, en el mismo sentido que nosotros una duda que planteaba el Decreto: la prueba de no profesión y la prueba de los motivos que alegaren para celebrar esta clase de matrimonio, son lo mismo.

Esta Circular trata también de resolver el problema planteado por nosotros más arriba, acerca de la prueba de

un hecho negativo: no estar bautizado; la circular entiende de que bastará con la declaración y otra prueba más (por ejemplo: la testifical). ¿Son necesarias ambas?. Si bien se parte de la idea de que los supuestos de hecho a los que será aplicable serán muy escasos al afirmar que "...- los españoles son católicos en su casi totalidad...". La exigencia de las certificaciones negativas de bautismo, - pensamos tiene el mismo sentido.

Con respecto a los casos de apostasía parece que la Circular es partidaria de exigir pruebas aún mas concluyentes, sin embargo, trata de apartarse de un sistema de ma-trimonio civil subsidiario estricto al indicar que el Juez debe llevar sus exigencias de prueba hasta el punto que - "...constituyan obstáculos de hecho invencibles".

En el punto IV se resuelve otro aspecto que no apa-recía claro en el Decreto: a pesar de ser necesaria la -notificación a la Autoridad eclesiástica, "...el juicio sobre si procede el acto civil, corresponde al Juez..."

En el caso de matrimonio civil en caso de peligro -de muerte ¿será dicho matrimonio válido, independiente-mente de que se cumplan o no los requisitos?. Si fuera -válido aún en el supuesto de que no se cumplieran tales requisitos, ello significaría que los requisitos no son de fondo, sino meramente formales. Nada resuelve la Circular acerca de tan decisivo extremo.

El punto V está dedicado a insistir en la importancia de la D.G.R y N, en materia matrimonial, y ello aunque "...queda abierta siempre la vía judicial para impedir o conseguir la autorización del matrimonio civil".

En la continuada actividad legislativa que incide en el tema matrimonial surge el 8 de junio de 1957 -no entró en vigor hasta el primero de enero de 1959- la Ley Reguladora del Registro Civil.

Dejaremos a un lado el aspecto meramente registral - de la cuestión con el fin de no hacer excesivamente largas estas páginas. El precepto que en mayor medida interesa en este momento es el recogido en el párrafo 2º de su artículo 80.

"A petición del interesado o del Ministerio Fiscal - se anotarán... 2º el [matrimonio] civil, mientras no se acredite debidamente que ambos contrayentes no profesan - la religión católica o la libertad de los mismos por inexistencia de impedimentos.

Nada podemos añadir al comentario de DE FUENMAYOR que transcribimos:

"Como se ve, queda constituido, aquí también, en concepto clave para la celebración del matrimonio civil la - "no profesión" de ambos contrayentes, como en el Decreto -

de 26 de octubre de 1956. Advierte BATISTA que el precepto citado -art. 80, núm. 2º parece contradictorio con lo dispuesto en los arts. 37 al 41 del Reglamento del Registro Civil, tal y como aparecen reformados por el Decreto del 56, que exigen la justificación previa de ambos extremos, sin que hasta tanto quepa matrimonio civil; pero entiende que tal norma es simple aplicación del art. 93 del Código civil, que permite al Juez municipal autorizar el matrimonio del que se halle en inminente peligro de muerte, con carácter condicional..."; si bien amplía la condicionalidad a los supuestos en que no se acredite, - por la misma urgencia, la acatolicidad de los contrayentes. (BATISTA. La nueva Ley del Registro civil, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, septiembre de 1957. Pág. 300).

El art. 80 de la nueva Ley del Registro Civil viene, pues, a confirmar también el requisito de la prueba de la no profesión" (194).

El BOE del 14 de noviembre de 1957 publica la Ley - del día anterior sobre matrimonio de militares y marinos, desarrollada en parte en la Orden de 27 de octubre de 1958.

---

(194) DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit., págs. 53 y 54.

Nada en ella merece especial comentario, a nuestros efectos, salvo el hecho de no distinguir entre matrimonio civil y canónico.

La tantas veces prometida reforma del cuerpo básico de la legislación matrimonial -el Código civil- llega al fin con la Ley de 24 de abril de 1958, con la que se modifican varios artículos de dicho cuerpo legal relativos al matrimonio (195). Su análisis, por motivos metodológicos, será hecho mas adelante. Dejamos hasta entonces aplazado cualquier comentario. Sin embargo creemos imprescindible en este punto la transcripción del nuevo artículo 42, pues nuestras referencias vendrán hechas a partir de aquí a tal texto:

"La Ley reconoce dos clases de matrimonios: el canónico y el civil.

El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica.

Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica".

---

(195) Se modifican los arts, 42, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 86, 104, 105, 106, 107, 166, 168, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 184, 206, 209, 211, 220, 237, 244, 294, 295, 492, 681, 701, 772, 807, 809, 814, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 841, 953, 1333, --- 1340, 1341, 1413.

El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica.

Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica".

El problema básico planteado por nosotros sigue, pues, en pie -y por partida doble-: ¿que es "profesar la religión católica"?

Se promulga el 17 de mayo de 1958 una nueva Ley de las llamadas Fundamentales, la de Principios del Movimiento Nacional. Dicha Ley ha sido objeto de escasísimo interés por parte de los matrimonialistas, sin embargo, para nosotros, es un texto básico en la configuración del sistema matrimonial español.

Dicha Ley ha sido considerada, con todo acierto, por el Profesor LOMBARDIA como "...el texto fundamental de la confesionalidad del Estado..." (196). Pero además de ser el texto fundamental de la confesionalidad del Estado, en sentido formal, supone mas: supone también una confesionalidad sustancial, al establecer la obligatoriedad de que la legis

---

(196) LOMBARDIA, Pedro, La confesionalidad del Estado, hoy, en Escritos de Derecho Canónico, I, Pamplona, 1973, - págs. 428 y 429.

lación española se inspire en la doctrina de la Iglesia. --  
Creemos que puede afirmarse que tal texto podría suponer --  
una limitación de soberanía.

El Principio II dice:

"La Nación española considera como timbre de honor el  
acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la San-  
ta Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera  
y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará  
su legislación".

Y el art. 3º de la misma Ley indica que:

"Serán nulas las Leyes y disposiciones de cualquier --  
clase que vulneren o menoscaben los Principios proclamados  
en la presente Ley fundamental del Reino".

Conjugando ambos preceptos obtendremos la siguiente --  
afirmación:

"Serán nulas las Leyes y disposiciones de cualquier --  
clase que vulneren la Ley de Dios según la doctrina de la  
Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana".

Sabemos que nunca llegó a estar en práctica tal sis-  
tema; no sabemos que se haya presentado jamás un recurso --  
de contrafuero apoyado en la violación por una norma esta-

tal de la Doctrina de la Iglesia. Pero es un hecho evidente que tal norma estatal del máximo rango, si bien no supone la recepción en pleno del Ordenamiento Canónico, si marca un claro límite a la legislación española. A nivel meramente teórico, el indicar cuales son las normas que son nulas de pleno derecho por oponerse al II PMN, y en último extremo a Ley de Dios interpretado por la Doctrina de la Iglesia, sería tarea laboriosísima y que desbordaría los conocimientos de un jurista.

En materia matrimonial la Ley de PMN supondría que -- cualquier norma que se opusiese a la Ley de Dios, interpretada por la Doctrina de la Iglesia sería inaplicable; el sistema matrimonial vigente --a nivel teórico-- en el período transcurrido desde el 17 de mayo de 1958 hasta nuestros días, es el que marque la Iglesia Católica, al interpretar la Ley Divina y no es éste el lugar adecuado para exponerlo (197).

---

(197) Ante un tema muy distinto del matrimonial, una reciente sentencia del T.S. de 25 de mayo de 1976 incide sobre la cuestión del Principio II de los del Movimiento Nacional, en los siguientes términos.

"...la actuación del recurrente no puede ampararse en los principios del Movimiento Nacional que cita en los fundamentos jurídicos de su demanda, pues si -- el acatamiento a la Ley de Dios que proclama dicho -- principio es un timbre de honor, la exaltación de una conducta opuesta a la legalidad del Estado que proclama tal acatamiento debe ser en principio contraria a la doctrina de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana que deslinda perfectamente las atribuciones de uno y otro Poder, pero es que la conducta del sacerdote -- recurrente perturba abiertamente el ejercicio de los derechos reconocidos en el Fuero de los Españoles, incurriendo en la infracción del ap. a) del art. 2º de la Ley de Orden Público por cuanto que el libre ejer-



La permanencia e inalterabilidad de los P.M.N. recogida en el art. 1º de la Ley que los formula, es tema de transcendental importancia para nuestro trabajo, obviamos cualquier comentario pues la mas prestigiosa doctrina, la lógica y los mismos hechos legislativos posteriores (Ley para la Reforma Política de 4 de enero de 1977) han dado la solución a tan exagerada pretensión.

La nueva Ley del Registro Civil parecia exigir la promulgación de un nuevo reglamento, y en efecto así se hace mediante Decreto de 14 de noviembre de 1958, que trata del matrimonio civil en la sección 2ª del capítulo II de su título V. (198)

---

cicio de la función religiosa que garantiza dicho Fuego no puede aprovecharse para censurar la actuación gubernativa que ha velado en el caso de autos por el mantenimiento de la unidad nacional, contra la que se ha pronunciado el demandante haciendo la apología de una actitud separatista, conducta inculsa en el ap. b) de la Ley de Orden Público en su mismo art. 2º de 30-julio de 1959, en relación con la fecha de emisión de los hechos sancionados".

(198) "Art. 243. Los que pretendan contraer matrimonio civil, manifestarán en la declaración exigida:

1º. Las menciones de su identidad, incluso la profesión, y también los apellidos, profesión y domicilio o residencia de los padres.

2º. Que no profesan la Religión Católica y si hubieran sido bautizados en la Iglesia Católica o convertidos a ella.

3º. Si alguno hubiera estado casado, el nombre y apellidos del cónyuge o cónyuges anteriores y fecha de la disolución del matrimonio.

4º. Que no existe impedimento para el matrimonio.

5º. El encargado elegido, en su caso, para la celebración.

No supone el nuevo Reglamento un cambio importante con respecto a la situación legislativa en 1958; sin em-

---

6º. Pueblos en que hubieren residido o estado domiciliados en los dos últimos años.

La declaración será firmada por dos testigos - a ruego del contrayente que no pueda hacerla.

Art. 244. Con la declaración se acompañará la prueba de nacimiento y la de que no profesan la Religión Católica.

Presentarán, en su caso, además, la de disolución de anteriores vínculos, la licencia matrimonial o la dispensa: ésta no prejuzga la inexistencia de otros impedimentos u obstáculos.

En el caso de ratificación, o cuando se adviertan, se indicará a los contrayentes los defectos de alegación y prueba que deben subsanarse.

Art. 245. Ratificados los contrayentes, si se trata de personas que bautizadas en la Iglesia Católica o convertidos a ella de la herejía o del cisma, hubieren apostatado posteriormente, el Encargado expondrá circunstancialmente el proyectado matrimonio a la autoridad eclesiástica diocesana, la que podrá pedir información suplementaria.

No se celebrará el matrimonio en tanto no transcurra un mes desde la expedición de la comunidades o desde la última, si las declaraciones de los contrayentes se presentaran a diferentes Encargados.

Art. 246. Mientras transcurre el mes o se tramitan los edictos o proclamas, se practicarán las pruebas propuestas o acordadas de oficio, encaminadas a acreditar la religión, estado o domicilio de los contrayentes, o cualquier otro extremo necesario.

El encargado oír a ambos reservadamente, y por separado, para cerciorarse de la existencia de obstáculos a la celebración.

Art. 247. Todos aquellos a cuyo conocimiento -- llegue la pretensión de matrimonio están obligados -- a denunciar cualquier impedimento que haya de autorizar el matrimonio conoce la existencia de obstáculo legal, suspenderá la celebración.

Contra la resolución de suspensión cabe recurso en vía gubernativa, según las reglas establecidas --

bargo el hecho de que sería un elemento clave en la configuración del sistema matrimonial español durante más de --

---

para los expedientes en general, sin perjuicio de -- que por el trámite de incidentes se declare la improcedencia o falsedad del impedimento u obstáculo legal.

Denunciado un obstáculo y no acordada la suspensión por falta de prueba, se pasará la denuncia al Ministerio Fiscal; puede procederse a la celebración si dentro del plazo de quince días hábiles, siguientes a la comunicación al representante de la Ley, no se acredita la interposición de la demanda de oposición.

Si se instruye doble expediente, el Encargado -- que no haya de autorizar el matrimonio se limitará -- a remitir lo actuado al elegido, único al que corresponde decidir sobre la celebración o suspensión.

Art. 248. Para autorizar el matrimonio civil "in articulo mortis", basta que ambos contrayentes declaren no profesar la Religión Católica; en su caso, en cuanto sea posible, se hará la previa comunicación a la Autoridad eclesiástica a través del Párroco.

La inscripción se extenderá en virtud del acta levantada, con las circunstancias necesarias para -- practicar aquella y del correspondiente expediente -- gubernativo.

El Juez de Paz está dispensado de pedir instrucciones al Encargado cuando lo impida la urgencia del caso; pero le dará cuenta inmediata del matrimonio -- autorizado.

Art. 249. No habiéndose levantado acta, el matrimonio civil sólo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditará debidamente que ambos contrayentes no profesaban la Religión Católica, su libertad por inexistencia de impedimentos y, cuando -- no conste auténticamente, la celebración en el expediente se publicarán edictos o proclamas, si se hubiere omitido, y se practicarán las debidas diligencias probatorias de la religión y libertad de los contrayentes.

Al comunicar a los órganos extranjeros el cumplimiento solicitado de proclamas o la concesión de dispensas para matrimonio civil de españoles se advertirá, especialmente, que conforme al Derecho español, -- dicho matrimonio sólo será eficaz si los contrayentes no profesan la Religión Católica.

diez años -hasta el 22 de mayo de 1969-, justifica un somero análisis de su contenido.

La impresión que se desprende de una primera lectura del Decreto, es el intento de separar a aquellos que tienen acceso al matrimonio civil en dos grupos; el primero - estaría integrado por los no bautizados y por los bautizados en iglesias acatólicas que no se convirtieran al catolicismo, el segundo estaría formado por los apóstatas. Para aquellos las facilidades de acceder al matrimonio civil serían mayores que para éstos. La inclusión en principio en uno u otro grupo viene marcada en el punto 2º del artículo 243.

La necesidad de prueba de la no profesión viene señalada en el artículo 44, sin que nada aclare acerca de que es lo que efectivamente debe ser probado.

---

Art. 250. Las dudas que ocurrieren a los Encargados acerca de la preparación y celebración de los matrimonios serán consultadas en comunicación clara y precisa a los Jueces de Primera Instancia, quienes la resolverán a la mayor brevedad, por auto, previa Audiencia del Ministerio Fiscal, Si las dudas surgieren sobre la concurrencia de los requisitos para hacer viables los matrimonios civiles a que se refiere el artículo 245 o se tratase de cualquier otro caso - igualmente grave, se suspenderá la ejecución del auto y se elevará, con el dictamen del Fiscal y demás antecedentes a la Dirección General para su resolución definitiva".

Al segundo grupo -a los apóstatas- está dedicado el artículo 245; en este supuesto, además de la imprescindible prueba de la acatolicidad, será necesaria la comunicación a la autoridad eclesiástica del propósito de contraer matrimonio civil.

La Circular de la D.G.R. y N. de 2 de abril de 1957 señalaba que la posible respuesta a tal notificación no era vinculante, que era la autoridad estatal y no la eclesiástica, la competente para determinar quien podía acceder y quien no al matrimonio civil. Nada hace suponer que tal criterio debería ser modificado. Pero en cualquier caso parece lógico pensar que la opinión de la autoridad eclesiástica tendría un cierto peso en la autorización o denegación del matrimonio civil por parte del Juez. Lo que era inevitable era la comunicación en sí y la espera de un mes.

El artículo 246 parece señalar un plazo máximo para practicar las pruebas "...encaminadas a acreditar la religión [debe de entenderse la profesión de una religión] ...", plazo que será de 15 días en el caso de los no bautizados en la Iglesia católica, o bautizados en Iglesia acatólica y no convertidos (199), y de un mes en el supuesto de apóstatas (200); estimamos que el plazo es distinto

---

(199) Artículo 89 del C.c.

(200) Párrafo 2º del artículo 245 del R.R.C.

porque el artículo 246 dice ab initio: "Mientras transcurre el mes..." y esa singularización de la unidad de tiempo no puede tener otro sentido que el referirse al plazo señalado en el artículo anterior, artículo que -ya lo hemos dicho- contempla solamente los supuestos de apostasía.

El artículo 247 señala la obligación de que aquellos que tengan conocimiento de algún impedimento y conozcan - el intento de celebración del matrimonio están obligados a comunicarlos, pensamos que no están obligados a comunicar el hecho de la "profesión..."

El matrimonio civil en peligro de muerte viene regulado en el artículo 248, que continuando la posición legislativa hasta entonces vigente concede las máximas facilidades para contraer tal matrimonio. Podemos afirmar - que para los matrimonios "in artículo mortis" el Reglamento se inclina por la postura "subjetivista" en materia - de no profesión.

El artículo 11 del C.c. (201) es interpretado, en lo

---

(201) "Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes del país en que se otorgan.

Cuando los actos referidos sean autorizados - por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes españolas.

No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tie

que se refiere a la no profesión para poder ser considerado eficaz un matrimonio civil en España, por el último párrafo del artículo 249 en el sentido de considerar que la "no profesión" es un requisito de fondo y no de forma, a efectos de la validez del matrimonio civil.

El lugar preeminente de la D.G.R. y N. en materia de autorización de matrimonio civil es señalada en el artículo 250, en los supuestos de duda a cerca de la apostasía o en "...cualquier otro caso igualmente grave...", la D.G.R. y N, es la encargada de "...su resolución definitiva". Parece lógico pensar que, a pesar de hablar de "resolución definitiva", la vía judicial permanecerá siempre abierta.

La promulgación de este Reglamento marcará el inicio de un paréntesis de casi dos lustros de una calma prácticamente absoluta en materia de legislación matrimonial. Calma solamente interrumpida con la Ley de 22 de julio de 1961, en la que se señalaban las normas para contraer matrimonio los funcionarios de la carrera Diplomática, aplicable también -en parte- a los alumnos de la Escuela Diplomática; el sentido es idéntico al de la Ley de 13 de noviembre de 1957, ya comentada, y solo es destacable la alusión al Concordato como causa de la promulgación de esta

---

nen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero".

Ley, ningún otro aspecto relevante para la temática aquí analizada merece ser mencionado.

Dicho paréntesis es cerrado con la promulgación de una de las leyes más importantes dentro del sistema de Derecho Eclesiástico Estatal Español, nos referimos a la Ley 44/1967 de 28 de junio, reguladora del Derecho civil a la libertad en materia religiosa. No es éste el lugar de realizar un análisis de dicho cuerpo legal (202). La incidencia del Derecho Fundamental de libertad religiosa en el campo de los sistemas matrimoniales fué analizada en otro lugar (203) y por ello prescindiremos de insistir en dichos conceptos generales.

Antes de entrar en el análisis del texto vigente — creemos conveniente realizar un breve análisis de la evolución sufrida por los artículos relativos al aspecto matrimonial de la cuestión desde el Proyecto de Ley remitido a las Cortes hasta su aprobación definitiva (204).

---

(202) La bibliografía surgida como consecuencia de tal Ley es abundantísima, su simple mención sería demasiado larga nos limitaremos a señalar algunas monografías que dedicadas al tema permitan una primera aproximación al mismo. DE LA HERA, Alberto, Pluralismo..., cit., RUPÉREZ, Javier, Estado Confesional y Libertad Religiosa, Madrid, 1970; PEREZ-LLANTADA Y GUTIERREZ, Jaime, La libertad Religiosa en España y el Vaticano II, Madrid, 1974; VERA URBANO, Francisco de Paula, La Libertad Religiosa como Derecho de la Persona. Estudio Filosófico-Jurídico, Madrid, 1971; MARTIN RETORTILLO, Lorenzo, Libertad Religiosa y Orden Público. (Un estudio de Jurisprudencia), Madrid, 1970; y BARCIA MARTIN, Luciano, Matrimonio..., cit.,

(203) Vid. Supra. I-A-C-2.

(204) Emplearemos para ello la recopilación que aparece en, DE LA HERA, Alberto, Pluralismo..., cit., págs 97 y ss



El número 951 del Boletín Oficial de las Cortes Españolas de fecha 10 de marzo de 1967 inserta el Proyecto de Ley.

En su preámbulo se recoge con absoluta nitidez el hecho de que esta Ley venia exigida por el cambio de actitud de la Doctrina de la Iglesia en materia de libertad religiosa que había supuesto la declaración conciliar "Dignitatis humanae" (205), y como consecuencia de la necesidad de que la legislación española estuviese inspirada en la Doctrina de la Iglesia (206).

Del articulado del proyecto son los siguientes preceptos que inciden en el tema aquí planteado:

"Art. 3º. Las creencias de los españoles en materia religiosa no constituirán en ningún caso motivo de desigualdad ante la Ley, que ampara el derecho de todos, sin acepción de personas ni discriminación alguna".

Art. 6º 1. Todos los españoles con independencia de sus convicciones religiosas, dispondrán de facilidades y -

---

(205) Para su análisis vid., entre otras; la obra colectiva: La libertad Religiosa, Análisis de la Declaración "Dignitatis Humanae" Madrid, 1966.

(206) "El precepto de la Ley de rango fundamental, de 17 de mayo de 1958, según el cual la doctrina de la Iglesia Católica inspirará en España su legislación, constituye fundamento muy sólido de la presente Ley". Notese que, en realidad, la Ley de P.N.N. no hace referencia directa a la Doctrina de la Iglesia, sino a la Ley Divina de la que la Doctrina de la Iglesia es mera intérprete.

plazos idénticos para contraer matrimonio.

2. Se autorizará el matrimonio civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil, cuando ninguno de los contrayentes profese la religión católica.

3. Quienes hubieran sido ordenados "in sacris" o estén ligados con votos solemne de castidad dentro de la Iglesia Católica no podrán contraer matrimonio sin dispensa canónica, conforme a lo dispuesto en el artículo 83, - número 4, del Código Civil.

Art. 38. La prueba de que se profesa una determinada Confesión religiosa no católica o de que no se profesa a efectos del ejercicio de los derechos reconocidos en la - presente Ley, se efectuará por los medios establecidos en los artículos siguientes.

Art. 39. 1. La adscripción a una determinada confesión religiosa no católica se acreditará mediante certificación del Ministro competente para extenderla.

2. Cuando la adscripción implique abandono de otra - confesión religiosa, el Ministro que certifique de ella - por primera vez deberá dar traslado literal de su certificación al Ministro de la Confesión anterior que sea competente.

Art. 40. 1. La circunstancia de no profesar ninguna religión se acreditará mediante declaración expresa del interesado corroborada por dos testigos.

2. Cuando el interesado hubiese estado anteriormente adscrito a una confesión religiosa deberá acreditar asimismo que ha comunicado al abandono de la misma al Ministro de dicha confesión que sea competente.

3. En estos casos la validez de los actos jurídicos que se realicen dependerá de que la declaración sea verdadera.

Un brevísimo comentario merecen estos artículos del — proyecto, extenderse en el mismo sería un esfuerzo inútil, tanto como comentar lo que pudo llegar a ser pero no fué.

De una primera lectura del artículo 3º se podría deducir una conclusión inmediata: los párrafos 2º y 3º del artículo 42 del C.c. quedan automáticamente derogados, ya que es evidente que se produce una desigualdad ante la Ley si sólo los que no profesen el catolicismo pueden acceder al matrimonio civil (todo ello en el supuesto de que el — término "profesar"... signifique algo).

Sin embargo esta primera impresión queda inmediatamente desvanecida. En el número 2 del artículo 6º se señala — con toda claridad la vigencia del artículo 42 del C.c.—

Otras desigualdades se producen -contra la letra del artículo 32- en el propio artículo 62 en su punto 3, ya que el Ordenamiento Canónico recibe una protección que no reciben los restantes ordenamientos confesionales y como consecuencia de ello algunos católicos tienen algunas restricciones para acceder al matrimonio, que no tienen los miembros de otras confesiones en circunstancias paralelas.

Del hecho de que las creencias de los españoles en materia religiosa si constituyan un motivo de desigualdad ante la Ley, se deriva la necesidad de establecer un sistema probatorio para determinar si se profesa o no una religión y tal sistema es establecido en los artículos 38,- 39 y 40.

Setenta y ocho fueron las enmiendas que los procuradores propusieron a tal Ley, catorce de ellas se refieren de una u otra manera, a lo preceptuado en el Proyecto de Ley que incide en materia matrimonial. Son las siguientes:

<u>Nº DE ENMIENDA</u>	<u>PRIMER FIRMANTE</u>
9 .....	Antonio José HERNANDEZ NAVARRO
13 .....	Eduardo NOLLA LOPEZ
15 .....	Diego SEVILLA ANDRES
26 .....	Manuel BATLLE VAZQUEZ
40 .....	Fernando FUGARDO SANZ
49 .....	Ramón MUÑOZ G. BERNALDO DE QUIROS
54 .....	Ramón MUÑOZ G. BERNALDO DE QUIROS

Nº DE ENMIENDA

PRIMER FIRMANTE

58 .....	Manuel MANGLANO Y CUCALO DE MONTULL
59 .....	Lucas María ORIOL URQUIJO
60 .....	Blas PIÑAR LOPEZ
61 .....	Purificación SEDEÑO FUENTES
64 .....	Ramón ALBITUR ESPARZA
66 .....	Manuel RIVAS GUADILLA
67 .....	Eduardo VILLEGAS GIRON (207).

Al análisis de cómo esas enmiendas influyen en la modificación del Proyecto de Ley, hasta llegar al articulado vigente estarán dedicadas las próximas líneas.

Dos enmiendas, las número 58 y 64, lo son a la totalidad y pretenden que sea retirado el proyecto, la primera de ellas es además enmienda a diversos artículos y será analizada en su momento. Pocos comentarios suscita la nº 64 en lo que a nosotros nos interesa.

Las enmiendas al preámbulo son las número 58, 59 y 60. La primera de ellas considera que debe ser retirado por oponerse a la Ley Orgánica del Estado, no se apoya en ningún argumento jurídico de peso, La número 59 insiste en que es el cambio de actitud de la Doctrina de la Iglesia lo que justifica esta nueva Ley, en razón del II PMN. La enmienda 60 tiene escasa trascendencia en el aspecto matrimonial aquí analizado.

El texto promulgado como preámbulo de la Ley 44/67 (207) Citaremos las enmiendas por su número

recoge la idea -a nuestro entender básica- de que el II - P.M.N. es la causa de la propia Ley, reproduciendo en su primer párrafo textualmente el párrafo primero del Proyecto del Gobierno: "El precepto de la Ley de rango fundamental de 17 de mayo de 1958, según el cual la doctrina de - la Iglesia Católica inspirará en España su legislación, - constituye un fundamento muy sólido de la presente Ley (208).

El artículo 3º del Proyecto reconocía el derecho a la no discriminación por motivos religiosos. Para algunos -en--mienda nº 15 tal precepto debe ser suprimido ya que deber "...ser objeto material de una disposición fundamental y - no de una Ley ordinaria...". La enmienda nº 59 considera - que tal artículo debe ser además un motivo más para insistir en la confesionalidad del Estado y además pretende eliminar la expresión "sin discriminación alguna", el motivo que aduce es que no se puede dar el mismo tratamiento a -- los ateos que a los adeptos "...a una de las modalidades -- de religión, más o menos ajenas a la voluntad de Dios, pero que reconoce su Autoridad y le adoran". La enmienda número 60 respeta el texto del gobierno pero postula la in--clusión del término "por si mismas", lo que daría el siguiente resultado: "Las creencias de los españoles en materia -- religiosa no constituirán en ningún caso, por si mismas, -- motivo de desigualdad...". La Ponencia no acepta la enmienda número 59, considera innecesaria la insistencia en la - confesionalidad propuesta por la misma; pero sin embargo -

---

(208) Es curioso constatar que no se menciona a la Ley del P.M.N. con su nombre.

sí acepta la nº 60. ¿Que supone la inclusión de la expresión "por si mismas"? Es difícil emitir un juicio, ya que el texto finalmente aprobado no recoge tal expresión y — por lo tanto no se puede conocer cual hubiera sido su alcance en la práctica. Sin embargo no creemos arriesgado — el afirmar que su sentido era claramente restrictivo con respecto al Derecho Fundamental de igualdad religiosa. En efecto: si "Las creencias a los españoles en materia religiosa no constituirán en ningún caso, por sí mismas, motivo de desigualdad...", cabe entender "a sensu contrario", que si podrían constituir motivo de desigualdad sus consecuencias, así por ejemplo en las manifestaciones externas de culto —consecuencia lógica de profesión de una religión— si cabría un trato discriminatorio, también cabría dicho —trato en el supuesto de pretender contraer manifestación —externa. El mismo alcance creemos que tenía la pretensión de la enmienda 59 de suprimir el término "sin discriminación alguna". El texto final del artículo 3º (209) recoge, en cierta medida, tal pretensión.

El artículo del proyecto que más directamente incide en el tema matrimonial es el 6º, y contra él se presentan una decena de enmiendas.

Analiquemos su contenido y consecuencias.

---

(209) "Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad de los españoles ante la Ley".

El artículo 6º del proyecto se articulaba en tres párrafos, cuyas ideas centrales eran:

1. Igualdad ante el matrimonio.
2. Vigencia del artículo 42 del C.c.
3. Vigencia del artículo 83 nº 4 del C.c.

Y siguiendo tales ideas la enmienda número 26 propone una nueva redacción del artículo 6º, y para cumplir el primer principio el enmendante razona con lógica que "... pugna con los más elementales dictados de la equidad y de la justicia que se haga discriminación entre el matrimonio católico y el acatólico en culto admitido por lo que se refiere a la producción de efectos civiles...", y consecuentemente propone un punto 3 del artículo 6º que preceptuaría: "si ninguno de los contrayentes profesa la religión católica, y en los casos de matrimonios mixtos dispensados en la forma canónica, podrá celebrarse el matrimonio de acuerdo con lo ritos y formalidades de confesión no católica legalmente reconocida, que producirá los efectos civiles señalados en la Ley una vez inscrito en el correspondiente Registro y cumplidos los requisitos previos que reglamentariamente se determinen". En este mismo sentido se inclina la enmienda número 13 y aunque con menos firmeza también la número 66.

Con la finalidad de establecer una discriminación para los ateos, lo que constituye una obsesión en toda la en



mienda, la número 59 "...propone sustituir "convicciones" por "creencias".

El suprimir la prueba de la no profesión dejándola reducida a una simple declaración es la pretensión de la enmienda nº 9 (210). Y se inclina por la posición subjetivista para la enmienda número 40, al proponer como texto del punto 2 del artículo 6º el siguiente: "se autorizará el matrimonio civil", argumentando que "...El hecho de que quier<sup>an</sup> contraer matrimonio civil ya es una demostración de que no aceptan la misma y, por tanto, esto debe ser tomado ya como punto demostrativo de ello". La misma idea mueve a los autores de la enmienda número 61 al afirmar: "Respondiendo al título del proyecto, la libertad religiosa debe quedar para todos. Dada la forma de ser de los españoles, el encontrarnos con trabas y tener que justificar una postura, creo da más inconvenientes a nuestra religión que la total libertad". Sin embargo tal pretensión no se hubiese logrado de prosperar el texto propuesto por los enmendantes (211), ya que la alusión al artículo 42 del C.c. hace que continúe vigente la exigencia de la prueba de la no profesión, mientras que de haber prosperado el texto propuesto en la enmienda nº 40 hubiese supuesto la derogación de los párrafos

---

(210) "Añadir después de "religión católica" "bastando su simple manifestación en tal sentido..."

(211) "Se autorizará el matrimonio civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código Civil".

2º y 3º de tal artículo de nuestro Código civil.

De opinión opuesta es la enmienda número 58 ya que - pretende que se añada la expresión "...y así lo hayan acreditado antes legalmente" por lo tanto no sería suficiente con el simple hecho de acudir al matrimonio civil, ni - tampoco con la declaración hecha con motivo del matrimonio.

Por último la supresión del punto 3 del artículo 6º - del proyecto es lo propugnado por la enmienda número 49, - lo que tal vez tendría escasa trascendencia de subsistir - el artículo 83 del C.c.

Del análisis de las enmiendas al artículo 6º se puede deducir un saldo claramente positivo a favor de un régimen de mayor igualdad y libertad religiosa a la hora del acceso al matrimonio. ¿Cual fué el efecto sobre el texto final?. Ninguno. En efecto: el texto que propone la ponencia es el siguiente:

"Art. 6º 1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código Civil, se autorizará el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profese la religión católica, sin perjuicio de los ritos o ceremonias propios de las distintas confesiones no católicas que podrán celebrarse - antes o después del matrimonio civil en cuanto no atenten a la moral o a las buenas costumbres.

2. Quienes hubiesen sido ordenados "in sacris" o estén ligados con voto solemne de castidad dentro de la Iglesia Católica, no podrá contraer matrimonio sin dispensa -- canónica, conforme a lo dispuesto en el artículo 83, número 4, del Código Civil".

Tal texto es idéntico al promulgado finalmente.

Las diferencias entre este texto y el propuesto por el Gobierno son las siguientes:

- Supresión del punto 1 del artículo del proyecto, punto - en el que se reconoce la igualdad de los españoles ante el matrimonio.
- Añadir al punto dos del proyecto (1 del texto definitivo), la autorización para que además del matrimonio civil que -- es el que produce efectos civiles, los que no profesen la - religión católica puedan celebrar otras ceremonias que no - tendrán ninguna eficacia civil, lo que, en nuestra opinión, ya era perfectamente legal.

Paradójicamente, pues, una postura "liberal" de los enmendantes supone una postura restrictiva de la ponencia y luego de las Cortes con respecto al Proyecto gubernamental.

Mejor suerte corren las enmiendas al artículo 38, los números 58 y 60, que propugnan la supresión del término --

"... o de que no se profesa ninguna", propuesta aceptada por la ponencia y que cristaliza en la siguiente redacción del artículo 31 de la Ley 44/67 "La prueba de que se profesa o no una determinada confesión religiosa no católica se efectuará en la forma establecida en los artículos siguientes".

El intento de discriminar a los ateos con respecto -- al resto de los ciudadanos tiene, pues, éxito.

Un elemento fundamental en la configuración del sistema matrimonial español a lo largo del último siglo ha -- sido la prueba de la no profesión. De lo que se considera que se debe probar y de cómo se debe probar ha dependido -- la facilidad o dificultad de acceder al matrimonio civil. A este aspecto hacen referencia los artículos 39 y 40 del Proyecto de Ley.

Ninguna enmienda es presentada al primero de dichos -- artículos, que está destinado a la prueba de que se profesa una religión acatólica. El punto primero de dicho artículo del proyecto pasa a ser el texto del 32, 1, de la Ley, y el número 2 desaparece en parte y en parte se integra en el 32, 3. Por el contrario son muy numerosas las enmiendas al número 40.

La supresión del artículo 40 es propugnada en la enmienda nº 61, en coherencia con el espíritu de la enmienda

en materia matrimonial antes analizado, la misma solución y por los mismos motivos es la apuntada en la enmienda -- número 9.

La supresión de la declaración de dos testigos para -- probar que no se profesa ninguna religión es pedida en la -- enmienda número 54 (así como en la 67), que asimismo propone la supresión del párrafo 3 del mencionado artículo. La -- supresión de dicho punto es también solicitada en la enmienda 66. La misma idea es mantenida en la enmienda 59, aun--- que por razones distintas: "...la veracidad de las declaraciones forma parte del sistema jurídico general".

La insistencia en discriminar, e incluso desconocer -- su existencia, a los ateos queda, una vez más, patente en la enmienda 58 que pretende la supresión del artículo 40,1.

La modificación del 40,2 propuesta por la enmienda 40 tiene escasa trascendencia para nuestro estudio.

Los intentos de suprimir el artículo 40 no consiguen el resultado pretendido, y tanto la ponencia como el texto definitivo lo mantienen, si bien con modificaciones.

Es acogido por la ponencia y el texto final la supresión de la necesidad de dos testigos que declaren que no -- se profesa religión alguna, la medida parece acertada, no sólo por razones de fondo, sino incluso meramente prácticas,

la dificultad -si existe- de encontrar dos testigos que -hagan tal declaración es mínima, pero constituiría un intento de dificultar tal declaración.

Se acepta también la supresión del artículo 40,3, lo que justifica la ponencia en razón de "...la inseguridad jurídica que implicaría someter la validez de los actos -realizados a la certidumbre de la declaración de acatolicidad". No estamos de acuerdo con el argumento, parecería más correcto decir que la simple declaración de acatolicidad supone de hecho la acatolicidad. Frente al argumento de las enmiendas 55 y 66 y de la ponencia aparece como -más correcto jurídicamente el expuesto por la enmienda 59, y ello aunque no estemos de acuerdo con lo pretendido en tal enmienda.

El intento de la enmienda 58 no alcanza su objetivo - y el 39,1 del proyecto se mantiene en todos sus términos - si bien pasa a ser el 32,1 del texto promulgado.

El 39,2 queda suprimido y el 40,2 pasa a ser el 32,3 con algunas modificaciones en la redacción, pero de escasa trascendencia.

Por último, el artículo 41 del Proyecto es mantenido en todos sus términos por no haberse formulado ninguna enmienda al mismo y pasa a ser el artículo 33 de la Ley.

En resumen, estimamos que las modificaciones sufridas por el proyecto se pueden considerar restrictivas en lo que se refiere a los artículos 3º y 6º y 31º. Aclaratoria en lo que se refiere al artículo 32 de la Ley; y liberalizadora en la supresión del 40,3 del proyecto.

Expuesto ya como se llega a la Ley de 28 de junio de 1967, corresponde ahora analizar su contenido.

Los artículos de la Ley que nos interesan quedan redactados así:

"Art. 3º Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad de los españoles ante la Ley".

"Art. 6º.1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 del Código Civil, se autorizará el matrimonio civil -- cuando ninguno de los contrayentes profese la religión católica, sin perjuicio de los ritos o ceremonias propias -- de las distintas confesiones no católicas que podrán celebrarse antes o después del matrimonio civil en cuanto no atenten a la moral o a las buenas costumbres.

2. Quienes hubieren sido ordenados in sacris o estén obligados con votos solemnes de castidad dentro de la Iglesia Católica no podrán contraer matrimonio sin dispensa -- canónica, conforme a lo dispuesto en el artículo 83, número 4, del Código civil".

"Art. 31. La prueba de que se profesa o no una determinada confesión religiosa no católica se efectuará en la forma establecida en los artículos siguientes".

"Art. 32.1. La adscripción a una determinada confesión religiosa no católica se acreditará mediante certificación del ministro competente para extenderla.

2. La no adscripción a una confesión religiosa se acreditará mediante declaración expresa del interesado.

3. El abandono de una confesión religiosa exigirá la prueba de que el mismo ha sido comunicado al ministro competente de la religión que hubiese sido abandonada".

"Art. 33. Se entenderá que cualquier cambio de adscripción religiosa no afecta a las obligaciones que hayan sido contraídas en virtud de una adscripción confesional anterior".

El primer tema a plantear sería determinar a quien va dirigida esta Ley. El tema desborda el ámbito de este estudio, y la respuesta que a él demos debe ser considerada como una hipótesis de trabajo, revisable en otro momento. (212).

---

(212) Para un estudio de este aspecto vid. PEREZ-LLANTOYA Y GUTIERREZ, Jaime, La libertad..., cit., págs. 355 y ss.



Entendemos que esta ley va dirigida a aquellos que - profesando una religión no son católicos. Quedan, pues, - excluidos del ámbito de aplicación de esta ley de una par- te los ateos y de otra los católicos. Así creemos que lo entiende DE LA HERA, al afirmar: "La Ley atiende a ofre- cer a los no católicos igualdad de derechos con los cató- licos en materia religiosa, en aquellos puntos en que la situación favorable de la religión [Católica] no lo im- pide..." (213) y también PEREZ-LLANTADA, cuando escribe:- "... no pretende abarcar en su ámbito de aplicación mas - que el derecho de los creyentes acatólicos y sus Asocia- ciones religiosas..." (214) y ello aunque más adelante ma- tice tal afirmación. Y así se desprende del artículo de - la Ley arts: 1º.3, 2º.1, 5º.3, 6º.1, 6º.2, 7º.4, 8º.2, -- 8º.3, 9º.1, 9º.2, 10º, 11º.1, 12º, 13.1, 13º.2, 13º.3, -- 14º, 15º.1, 15º.2, 15º.3, 15º.4, 16º, 17º.1, 17º.2, 17º.3, 18º.1, 18º.2, 18º.3, 19º, 20º, 21º.2, 22º, 24º, 25.2, --- 25º.3, 26º, 27º.1, 27º.2, 28º.1, 28º.2, 29º, 30.1, 30.2,- 30º.3, 31º, 32.1, 36º y disposición transitoria.

Centrándonos ya en el tema que nos interesa, y no ol- vidando la hipótesis formulada cabe plantearse la pregunta ¿Acepta la Ley de Libertad Religiosa al sistema matrimonial español? ¿Se modifica el artículo 42 del C.c.? y en defini- tiva ¿que significa "profesar..." a partir del año 1967?

---

(213) DE LA HERA, Alberto, Pluralismo..., cit., pág. 87.

(214) PEREZ-LLANTADA Y GUTIERREZ, Jaime, La libertad..., cit., pág. 363.

El artículo 3º debería ser matizado en el siguiente sentido "Las creencias religiosas [a excepción de la católica] no constituirán motivo de desigualdad de los españoles ante la Ley", puesto que los católicos tienen vedado el acceso al matrimonio civil a diferencia del resto de los súbditos del ordenamiento estatal, y puesto que los acatólicos no ven reconocidos efectos civiles a sus matrimonios religiosos.

El artículo 6º no tiene otra pretensión que indicar que el artículo 42 del C.c. y el 83 núm. 4 del mismo cuerpo legal siguen vigentes. Estimamos que tal aclaración no era necesaria, puesto que en nuestra interpretación, era evidente que tales preceptos eran derecho vigente. . . .

El punto en el que la doctrina se apoya para considerar que la Ley de Libertad Religiosa supone una modificación del sistema matrimonial es el capítulo IV de la Ley. Veamos hasta qué grado llegan tales modificaciones.

En primer lugar hay que señalar que la idea de que el art. 6º.1 de la Ley de Libertad Religiosa supone la derogación de la exigencia de la prueba de la no profesión para acceder al matrimonio civil no es correcta. De una parte la vigencia del artículo 42 del C.c., en todos sus términos es señalada en el propio artículo 6º, y de otra parte los artículos 31 y 32 de la Ley de Libertad Religiosa hacen suponer que la necesidad de prueba sigue vigente

(215).

El texto básico del sistema matrimonial español sigue siendo el artículo 42 del C.c. en la redacción dada al mismo por la Ley de abril de 1958, y según tal artículo para acceder al matrimonio civil es necesario probar que no se profesa la religión católica; para el 32,1 de la LLR, no basta como prueba de la no profesión del catolicismo la certificación del ministro competente de que se profesa una religión no católica, eso bastará para probar que se profesa una religión no católica, pero siempre que se pruebe previamente que no se profesa el catolicismo, al menos a los efectos del 42 C.c.

El artículo 32,2 tampoco quiere decir que basta con la simple declaración del interesado para probar que no se profesa una religión, eso será exacto solamente en los casos en que se pretenda acreditar la no profesión de una religión acatólica, pero no bastará en el caso de que se pretenda probar que no se profesa el catolicismo.

La Ley de Libertad Religiosa, pensamos, no afecta en absoluto al sistema matrimonial español; otra cosa es que haya influido en la legislación posterior sobre la materia (216), que haya influido en la elaboración de la doctrina jurisprudencial, única competente para especificar el alcan

---

(215) DE LA HERA, Alberto, Matrimonio..., cit., pág. 675.

(216) Vid, LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis, Derecho de Familia, cit., pág. 31; BARCIA MARTIN, Luciano, Matrimonio..., cit., pág. 115.

ce del término "Profesar..."; pero como ya dijimos a propósito de la Orden del 41, la jurisprudencia no es aceptada porque se acople a la Ley de Libertad Religiosa -en materia matrimonial- sino al contrario, tal Ley tiene alguna influencia en la configuración práctica del sistema matrimonial porque así lo ha querido el T.S.

Como ya hemos indicado la Ley 44/67 incide sin lugar a dudas en la legislación posterior sobre la materia, ello aparece con absoluta nitidez en el Decreto de 22 de mayo - de 1969 que reforma varios preceptos del Reglamento del Registro Civil, quedando redactados los números 245 y 246 de la siguiente manera:

"Art. 245. Si se tratara de personas que hubieren abandonado la religión católica, se exigirá que, a la mayor brevedad, se presente la prueba de que el abandono ha sido comunicado por el interesado al párroco del domicilio. La comunicación podrá hacerse a través del Encardado, por corrreo certificado con acuse de recibo".

"Art. 246. Mientras se tramiten los edictos o proclamas, se practicarán las pruebas propuestas o acordadas de oficio, encaminadas a acreditar el estado o domicilio de los contrayentes, o cualquier otro extremo necesario.

En los casos no comprendidos en el artículo precedente la prueba de que no se profesa la religión católica po-

drá efectuarse, bien mediante certificación acreditativa de la adscripción a otra confesión religiosa, expedida -- por ministros competentes o representante autorizado de la respectiva Asociación confesional, o bien mediante -- declaración expresa del interesado ante el Encargado.

El Encargado oirá a ámbos contrayentes, reservadamente, y por separado, para cerciorarse de la inexistencia -- de obstáculos legales a la celebración".

BERNARDEZ ha afirmado que la reforma del artículo 245 del Reglamento del Registro civil "...convierte al siste-- ma matrimonial, en la práctica, en una modalidad que, por lo que respecta a los católicos disidentes, se acerca a -- la del matrimonio civil facultativo" (217). Eso es perfectamente cierto, pero con la salvedad hecha por BERNARDEZ-- de que sólo en la práctica.

El nuevo artículo 245 tiene como diferencia fundamental con el antiguo del Decreto de 14 de noviembre de 1958 que frente al requisito de que el Encargado del Registro -- notificase a la Autoridad Eclesiástica la intención del -- apóstata de contraer matrimonio, y que ésta pudiese solli-- citar mayor información al respecto y teniendo que esperar

---

(217) CATEDRATICOS DE DERECHO CANONICO DE UNIVERSIDADES -- ESPAÑOLES, Derecho Canónico., cit., 1ª edición, pág. 435. El subrayado es nuestro.

en cualquier caso, durante un mes, el nuevo requisito se reduce a un mínimo: la comunicación al párroco del abandono de la religión católica, ya sea directamente por el interesado ora sea a través del Encargado del Registro.

El nuevo artículo 246 en su primer párrafo reproduce el mismo párrafo del antiguo, con la única diferencia de suprimir las palabras "...transcurre el mes..." y "...la religión...". La primera supresión es una exigencia ineludible del hecho de haber desaparecido el requisito de la espera de un mes en el nuevo artículo 245. ¿Que alcance tiene la segunda supresión?. La primera impresión es que se suprime el requisito de la prueba de la no profesión que pasa a ser sustituida por la prueba de que se ha comunicado el abandono al Párraco (218); pero esto sería tanto como considerar el artículo 42 del C.c. como derogado, ya que éste en su tercer párrafo exige la prueba de la no profesión.

Creemos que en virtud del primer párrafo del nuevo artículo 246 de R.R.C. y del 42 del C.c. en realidad son dos pruebas distintas las exigidas. Hay que probar que no se profesa el catolicismo, pero además en el supuesto de apostasía hay que probar que esta se ha comunicado al párroco.

---

(218) En este sentido Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis, Derecho de Familia, cit., pág. 33, y DE LA HERA, Alberto, Matrimonio civil..., cit., pág. 676.

El párrafo 2º del nuevo artículo 246 no aparecía en el primitivo; este párrafo va destinado a los católicos - no apóstatas, insistimos en que el artículo 42 del C.c. - sigue vigente y que habrá que probar la "no profesión"..õ "entendiendo por "no profesión"... lo que entienda el T.S, que no tiene que ser necesariamente, para el caso contemplado en el 2º párrafo del artículo 246 del R.R.C. equivalente a la certificación de ministro competente, o a la - declaración del interesado.

El párrafo 3º es reproducido literal del 2º del primitivo artículo 246.

Estimamos, pues, que la única modificación en el sistema matrimonial inferida por el Decreto del 69, se limita a la sustitución del requisito de notificación a la Autoridad Eclesiástica y espera de un mes, por parte del Juez en el caso de intento de matrimonio civil por apóstata, por-- el requisito -indudablemente más cómodo, pero sin diferencia esencial- de la prueba de haber notificado al párroco.

Una instrucción de la D.G.R. y N. de 22 de marzo de 1974 trata de simplificar los complejos trámites que constituyen el expediente previo al matrimonio civil. Dicha - instrucción se refiere también a la prueba de la no profesión y dice en su punto III-3º.

"Prueba de no profesar la religión católica.- En el

momento actual está tan facilitada esta prueba que su exigencia nunca debe ser causa de dilaciones, pues, según Resolución de este Centro Directivo de 3 de agosto de 1970 -- es medio de prueba idóneo "la declaración expresa de los interesados de no profesar la religión católica". Solamente se establece una diligencia especial para el supuesto -- de que se tratare de personas que hubiesen abandonado la -- religión católica: "se exigirá que, a la mayor brevedad, -- se presente la prueba de que el abandono ha sido comunicado por el interesado al párroco del domicilio. La comunicación podrá hacerse a través del Encargado, del correo certificado con acuse de recibo" (artículo 245 del Reglamento Registro Civil). Naturalmente la realización de esta diligencia no debe paralizarse el curso de los demás trámites."

Así pues, la instrucción de la D.G.R. y N. sigue con absoluta fidelidad el espíritu del Decreto del 69. Pero si un Decreto no puede modificar una Ley (el Código Civil) -- tampoco puede una Instrucción de la D.G.R. y N.

Quedan pues expuestos muy sucintamente los diversos -- intentos de aclarar el significado del artículo 42 del C.c. por parte de la Administración y por el legislador. Tratemus de señalar unas líneas maestras del proceso.

Cualquier intento de periodificación en Historia del Derecho <sup>es</sup> meramente subjetivo (219), y esto también es váli-

---

(219) "...No...se piense que el Derecho cambia totalmente en determinados momentos ni que evolucione a saltos..."  
GARCIA-GALLO, Alfonso, Manual de Historia del Derecho



do para la historia del sistema matrimonial español en el periodo de 1938-1974. No obstante si hay unas líneas maestras de la evolución detectables, a señalarlas va a ir dedicado el siguiente epígrafe de este capítulo. Ahora nos proponemos una tarea aún más modesta: periodificar las diversas normas encaminadas a regular el matrimonio en el periodo objeto de estudio.

De aplicar estrictamente la teoría de prelación de -- fuentes legales tres normas deben ser objeto de nuestra atención:

- Ley de 12 de marzo de 1938.
- Ley de 24 de abril de 1958.
- Ley de 17 de mayo de 1958.

Con la primera de ellas se abre una etapa, todavía -- sin finalizar, del sistema matrimonial español. Esta Ley, derogatoria de la de matrimonio civil restablece la vigencia del artículo 42 del C.c.; el elemento regulador del -- acceso al matrimonio civil estará contenido en este texto:

"La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica; y el civil, que se celebrará del modo que determina este código".

Así pues solo pueden contraer matrimonio civil los que no profesan la religión católica.

La Ley de 24 de abril de 1958 modifica el artículo 42 del C.c. que queda redactado así:

"La Ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil.

El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica.

Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica".

Así pues solo pueden contraer matrimonio civil los que prueben que no profesan la religión católica.

En nuestra opinión en nada se modifica el sistema con respecto a la facilidad de acceder al matrimonio civil.

La última etapa comenzaría con la Ley de Principios - del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958 y más concretamente con su principio II:

"La Nación española considera como timbre de honor -

el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fé inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación".

Y su artículo 3º.:

"Serán nulas las Leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los principios proclamados en la presente Ley fundamental del Reino."

Con lo cual la legislación matrimonial española no se podrá oponer en ningún punto a lo prescrito en la Doctrina de la Iglesia interpretando la Ley de Dios, y no es éste - el lugar de analizar su contenido.

Sin embargo, es evidente que esas tres fases no representan en ninguna medida las intenciones de la Administración y del legislador.

Sin embargo también son tres las etapas que caracterizan la evolución del legislador y de la administración española.

1. Meramente derogatoria.
2. Restrictiva del matrimonio civil.
3. Progresivamente liberalizadora.

La primera etapa comienza con el Decreto de 2 de marzo

de 1938 y finaliza con la Orden Ministerial de 10 de marzo de 1941. La idea básica de tal período es el bloquear la legislación republicana en un primer momento para suprimirla más adelante. El cómo se hizo ya fué expuesto al inicio de este epígrafe. No preocupa el fondo del sistema que se establece y ello trae como consecuencia que el sistema matrimonial regulado es el más liberal del período 1938-77, tal vez sin ser consciente de ello el legislador.

La Orden del 41 inicia la segunda etapa cuyo, término es difícil de señalar con exactitud pero que tal vez pueda fijarse en el Decreto de 26 de octubre de 1956.

Esta fase está a diferencia de la anterior, monopolizada por una sola norma, la Orden del 41, trata de establecer, como hemos procurado demostrar, un sistema muy próximo al de matrimonio canónico obligatorio.

La tercera etapa es un conjunto de periodos que sin embargo se pueden globalizar en la idea básica: partiendo de un sistema establecido por el Decreto de 26 de octubre de 1956-y cuyos antecedentes se pueden encontrar en el Concordato del 53,- que permite el matrimonio civil al apóstata, aunque no por ello tan "liberal" como el de la primera etapa, se van formulando una serie de disposiciones que van liberalizando el sistema, por la vía de facilitar la prueba de la no profesión del catolicismo.

De la legalidad o no de las disposiciones que configu-

ran la reciente historia del sistema matrimonial español en la práctica, ya hemos hablado y volveremos sobre ello. De así la Administración consiguió en la práctica su pretensión hablaremos más adelante.

2- La Dirección General de los Registros y del Notariado y del término "profesar la religión católica".

No pretendemos realizar un análisis exhaustivo de las numerosísimas resoluciones de dicho organismo sobre el tema objeto de esta tesis, El tema central en nuestro estudio no es ese. Pero, sin embargo no se puede dejar a un lado tan importante fuente al asomarnos sobre la reciente historia de nuestro sistema matrimonial. La importancia de dicho organismo, en nuestra materia, ha sido repetidamente señalada a lo largo de estas páginas. Algunas, pocas, resoluciones bastarán para delinear, aunque solo en líneas generales, la evolución de la Dirección General. La trascendencia que en la práctica ha tenido esa evolución ha sido, pensamos, superior a la que hayan podido tener las opiniones doctrinales, y ha sido aún superior que la que ha tenido el Tribunal Supremo a través de la Jurisprudencia. Que teóricamente esta solución no sea la más adecuada es extremo discutible, pero lo que no es discutible es su influencia en la práctica. Eso es un hecho.

No sólo renunciamos a una exposición detallada de las diversas resoluciones, sino que obviamos la explicación de

como se producen, de como se pone en marcha el mecanismo que permite la elaboración de dichas resoluciones. Simplificadamente admitiremos que la D.G.R. y N. puede ser impulsada a actuar, en lo que a nosotros nos ocupa ahora, por dos motivos: 1.- Una consulta de Juez Municipal (El Encargado del Registro) 2.- Resolviendo recursos contra autos denegatorios de inscripción en el Registro.

En el primer momento, y como ocurriera con la doctrina, el elemento catalizador de la actividad resolutoria de la D.G.R. y N. fué la Orden de 10 de marzo de 1941.

Con fecha 17 de septiembre de 1946 una breve resolución fija con absoluta nitidez la posición de la D.G.R. y N. con respecto a quien puede acceder al matrimonio civil.

"...para poder contraer matrimonio civil en España, - después de la Orden del Ministerio de Justicia de fecha 10 de marzo de 1941, es preciso que ninguno de los dos contrayentes haya sido bautizado dentro del seno de la Religión Católica, sin que excuse del cumplimiento de la norma el - hecho de que el bautizado haya pasado a otra Religión o no tenga ninguna, pues el Sacramento del Bautismo imprime carácter" (220).

---

(220) Citada en ESCUDERO ESCORZA, Fernando, Matrimonio..., cit., pág. 133.

Así pues "profesar la religión católica" será estar bautizado en la Iglesia Católica.

No acoge, pues, la D.G.R. y N. la más restrictiva de las posibles interpretaciones posibles, que ya hemos indicado anteriormente consistiría en considerar que "profesar..." es equivalente a estar bautizado. La D.G.R. y N. restringe el supuesto de hecho a los bautizados en la Iglesia Católica. Sorprende, sin embargo, que se justifique que no es posible dejar de estar incurso en dicho supuesto de hecho en razón de que el bautismo "imprime carácter". También imprime carácter el bautismo válidamente administrado en cualquier otra iglesia cristiana distinta de la católica y sin embargo, como ya hemos dicho, la D.G.R. y N. no les considera obligados al matrimonio canónico.

Tres resoluciones en el año 50 confirma esta línea: 8 de marzo, 17 de abril y 5 de mayo. La primera y la última de ellas afirman:

"...conforme al art. 42 del C.c. interpretado por la Orden de 10 de marzo de 1941, los españoles que hayan sido bautizados en la Religión Católica sólo tienen una forma hábil para contraer matrimonio: el canónico"

Se insiste, pues, en que el artículo 42 del C.c. es legalmente interpretado por el Ministerio de Justicia a través de la O. del 42 -años más tarde no estaría la D.G. tan segura de dicho extremo- y se ratifica en la idea de

que todo bautizado en la Iglesia Católica debe contraer -  
matrimonio canónico. Es decir: profesar la religión cató-  
lica es igual a estar bautizado en la Iglesia Católica.

La Resolución de abril afirma:

"...el art. 42 del C.c., al reconocer las dos formas,  
canónica y civil de celebración del matrimonio, sienta una  
norma de carácter interpersonal, cuyo cumplimiento exige -  
que para la aplicación de la forma civil se justifique la  
condición de católicos de los contrayentes, debiendo enten-  
derse por tales, en consonancia con el art. 75 del C.c., -  
que acoge plenamente el derecho matrimonial de la Iglesia-  
Católica, probándose, de conformidad con la Orden de 10 de  
marzo de 1941, documentalmente tal circunstancia o, en otro  
caso, mediante declaración jurada".

Aparte de insistir en la legalidad de la Orden del 41,  
y en que "profesar,.." es estar bautizado en la Iglesia, -  
aporta como novedad con respecto a las anteriores, el hecho  
de la necesidad de la prueba, en consonancia con lo pres-  
crito por la Orden del 41.

Estimamos, sin embargo, que lo más relevante de esta -  
resolución es el método empleado para justificar sus afirma-  
ciones:

"-profesar..." es estar bautizado en la Iglesia Cató-  
lica, porque así lo dice el ordenamiento canónico que es el



competente en la materia, en virtud del artículo 75 del -  
C.c.

- La prueba es necesaria en una forma concreta porque  
así lo afirma la Orden del 41.

Comentamos ámbas afirmaciones:

Con respecto a la primera cabe decir que el artículo  
75 del C.c. (se trate de una remisión o no, y éste tema -  
en el que no vamos a entrar (221)), no afirma que el orde-  
namiento canónico sea el competente para determinar quie-  
nes son acatólicos, quienes "no profesan...", en último -  
extremo quíenes tienen acceso al matrimonio civil en Dere-  
cho Español, lo único que dice -que decía hasta la refor-  
ma de 1958- es que:

"Los requisitos, forma y solemnidades para la celebra-  
ción del matrimonio canónico se rigen por las disposiciones  
de la Iglesia Católica y del Santo Concilio de Trento, ad-  
mitidas como leyes del Reino".

Es decir, que el ordenamiento canónico es competente -  
para regular los matrimonios canónicos, incluso -si se quie

---

(221) Para un completo análisis de este punto vid.: NAVARRO  
VALLS, Rafael, Divorcio: Orden Público y Matrimonio -  
Canónico. Eficacia en España de las Sentencias extran-  
jeras de divorcio, Madrid, 1972 en especial págs. 221  
y ss.

re- para determinar quien tiene acceso al matrimonio canónico, pero no para determinar quien es acatólico, quien — tiene acceso al matrimonio civil; y no se diga que tiene — competencia para esto último por via de exclusión: tendrá acceso y solo tendrá acceso al matrimonio civil, aquél que no lo tenga al canónico, pues esto no sería cierto, ya que puede haber supuestos de que una misma persona, para el ordenamiento canónico, tenga acceso al matrimonio civil, incluso estos supuestos cabrían dentro de la letra de la Resolución comentada, así por ejemplo; tendrá acceso a la forma — que es de lo que habla la Resolución de la D.G.R. y N. civil un cristiano bautizado no católico, y también tendrá acceso al matrimonio canónico (matrimonio en forma canónica, pues ámbos serian matrimonios canónicos) previa dispensa del impedimento de mixta religión (222), si pretende contraer matrimonio con católico.

Con respecto a la segunda afirmación creo que lo importante no es lo que dice, sino lo que no dice; el afirmar que se debe probar documentalmente o en su defecto mediante juramento, porque así lo dice la Orden del 41, y el no afirmar que todo bautizado en la Iglesia Católica debe contraer matrimonio canónico porque así lo diga la Orden — del 41, habiendo afirmado previamente que eso es así en — virtud del 75 C.c.; puede suponer, tal vez en una interpre

---

(222) Vid. canon 1.060 del C.J.C.

tación forzada, un paso atrás, con respecto a la "vis" interpretadora concedida a la O.M. por resoluciones anteriores. Sin embargo, y aunque este paso fuera real, un paso - en sentido contrario se dio poco después con la Resolución de la D.G.R. y N. de 5 de mayo de 1950, ya citada anteriormente, así como con la de 7 de julio de 1952, ya que en ambas se afirma con toda claridad que es la Orden Ministerial, la que, interpretando el artículo 42 del C.c., obliga a todo bautizado en la Iglesia Católica que quiera contraer matrimonio canónico a hacerlo canónicamente.

Otros aspectos de la Orden del 41 son analizados por posteriores resoluciones, así por ejemplo: la de 3 de diciembre del 54 señala su irretroactividad (223).

Creemos que el punto de inflexión hacia una línea menos restrictiva está marcado por la Resolución que con motivo de una consulta a la D.G.R. y N. es realizada en 17 - de diciembre de 1954. Creemos que una prueba de la trascendencia de esta resolución puede ser el hecho de que LOPEZ-DE ALARCON le dedique un comentario (224), que analizaremos más adelante con detenimiento; que ESCUDERO afirme que "En 1954 opérase una manifiesta transformación en el crite

---

(223) Citada en PORTERO SANCHEZ, Luis, Jurisprudencia estatal en materia eclesiástica, Madrid., 1968, págs 149 y 150.

(224) LOPEZ ALARCON, Mariano, El matrimonio civil como subsidiario del canónico "Revista General de Derecho", - número 132, septiembre 1955, págs. 594-603.

rio de la D.G.R. y N." (225), y que LACRUZ señale que --  
"... La [Resolución de la D.G.R. y N.] de 17 de diciembre  
matiza notablemente [con respecto a las anteriores] la  
interpretación de la Orden de 1941" (226), estimamos que  
ello justifica su transcripción íntegra.

"Vistos el art. 42 del C.c., la Orden de 10 de marzo  
de 1941, la Resolución de 28 de junio de 1951, y

CONSIDERANDO: Que la cuestión objeto de consulta no  
es otra que la interpretación del art. 42 del C.c. en su  
conexión con el precepto reglamentario vigente impuesto  
por la Orden de este Ministerio de 10 de marzo de 1941 --  
que dispone que la acatolicidad de los contrayentes se --  
pruebe documentalmente, a cuyo efecto es de tener en cuenta  
el criterio mantenido por la Resolución de este Centro  
de 28 de junio de 1951 que declara que "al hablar dicho --  
orden de prueba documental ha debido referirse a la noto-  
riedad de pertenecer a familias de confesión acatólica y  
en tal supuesto debe estarse al juicio del Encargado del  
Registro.

CONSIDERANDO: Que la Orden de 1941 citada responde a  
la idea de evitar toda maniobra encaminada a violentar la

---

(225) ESCUDERO ESCORZA, Fernando, Matrimonio..., cit., pág.  
134.

(226) LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco  
de Asis, Derecho de Familia, cit., nota 5 en la --  
pág. 29.

normal competencia de la forma canónica de matrimonio para los católicos, pero no a privar del matrimonio civil a los que, siendo de distinta confesión, no les sea adecuada aquella forma, pues en otro caso se hallaría en contradicción con el propio art. 42, que por su rango legal ha de quedar por encima.

En virtud de lo expuesto, esta Dirección General ha acordado resolver la consulta en sentido de que procede - se atenga el Juez encargado del Registro a la doctrina ex puesta, y, en consecuencia, autorizar, como mediasen otros obstáculos legales, el proyectado matrimonio civil. Madrid 17 de diciembre 1954".

Creemos que lo que dice esta Resolución es, sencillamente, que la Orden de 1941, no es legal. El tratar de for zar el sentido de la frase no consigue su cometido, el decir "... al hablar dicha Orden de prueba documental ha debido referirse a la notoriedad de pertenecer a familias de confesión acatólica..." es un absurdo, la Orden del 41 dice y ha querido decir lo que efectivamente dice. Cosa distinta es que eso no sea derecho vigente por oponerse a una disposición de rango superior. Y a esa posibilidad hace re ferencia, con toda claridad, el segundo considerando.

Para esta resolución el bautismo en la Iglesia Católica ya no es suficiente requisito para que no se pueda acce

der al matrimonio civil, podrán acceder al matrimonio civil los que "notoriamente pertenezcan a familias de confesión acatólica" los que sean de "distinta confesión de la católica".

"Profesar..." es pertenecer a la "confesión católica", sigue siendo una inconcreción, pero, estimamos, se respeta, en mayor medida, el precepto recogido en el artículo 42 del C.c.; porque entendemos que el simple hecho de no mencionar el bautismo como elemento discriminador, y el apuntar la posible ilegalidad de disposiciones contrarias al 42 y de grado inferior, supone un notable avance.

En el año 1962 se dictan una serie de resoluciones -- que, apoyándose en el artículo 245 del R.R.C. avanzan en el sentido marcado por la anterior resolución comentada. -- ESPIN ha dicho que a causa de las modificaciones en determinados preceptos "... la Dirección General de los Registros ha declarado, en virtud de consultas elevadas por los Juzgados, la procedencia del matrimonio civil de los que, estando bautizados, en la Iglesia católica, han pasado después a la apostasía..." (227). Y así la D.G.R. y N., con fecha de 13 de enero de 1962 resuelve:

"CONSIDERANDO: Que la cuestión planteada en esta consulta es la de la procedencia de autorizar matrimonio ci--

---

(227) ESPIN, Diego, Manual..., cit., Vol. IV, pág. 83.

vil entre dos personas que no profesan la religión católica, cuando consta que ambas fueron bautizadas en la Iglesia Católica, pero están afiliadas a una secta herética.

CONSIDERANDO: Que la cuestión de principio debe considerarse explícitamente resuelta, dentro de nuestra legislación concordada, por el artículo 245 del Reglamento, que expresamente se refiere al matrimonio de personas que, bautizadas, hubieran pasado a la apostasía, por lo que el encargado del Registro, funcionario sujeto al cumplimiento de las leyes, debe atenerse al cumplimiento de las mismas, cualesquiera sean sus dudas al respecto, y, por tanto, si califica suficiente la prueba aportada para acreditar que los contrayentes "no profesan la religión católica", procede autorizar el matrimonio pretendido, una vez cumplidos los distintos requisitos y cuatelas establecidos".

Al margen del tema básico, dos ideas de la presente Resolución merecen ser destacadas: que la legislación matrimonial española es una legislación concordada, y la claridad con la que la D.G.R. y N. ve la interpretación del 42, que le lleva a afirmar que "...el Encargado del Registro, funcionario sujeto al cumplimiento de las leyes, cualquiera sean sus dudas al respecto...". El tema de si la legislación es concordada o no ha sido analizado en otro lugar; respecto a que el Encargado del Registro está obligado a cumplir las leyes, ello es evidente, pero sin duda le cabe una función interpretadora.

Respecto al eje de nuestro estudio: se señala que - personas bautizadas en la Religión Católica pueden no pro fesar la Religión Católica -la profesión del 42 C.c.-; y estarán en ese caso los que pasen a estar afiliados a una secta herética. Del primer considerando podría deducirse, pues, que la condición necesaria y suficiente para que un bautizado en la Iglesia Católica pueda contraer matrimonio civil es que esté afiliado a una secta herética. Por el -- contrario, pensamos que del segundo considerando se puede deducir que el supuesto de hecho es ampliable a otros ca-- sos (228).

Con fecha 8 de febrero de 1962 la D.G.R. y N. vuelve a incidir sobre el tema con una nueva Resolución (229).

---

(228) "...hubieran pasado a la apostasía...".

(229) "CONSIDERANDO Que: en efecto, la sujeción a una de - las dos clases de matrimonio que reconoce el Código civil no es propiamente voluntaria, sino que parte - de una supuestos de hecho que hay que probar; que -- tratándose de bautizados, la prueba de que "ninguno de los contrayentes profesa la religión católica", - haya o no formal apostasía según otro mas depurado - concepto y término canónico -no utilizados por cierto en el texto oficiosamente concordado del artículo 42 del Código civil-, corresponde apreciarla cuidado samente y personalmente al Juez encargado del Registro, sin poder descansar sólo en el ordenamiento canónico para la averiguación y establecimiento del he cho de profesar o no los contrayentes determinada re ligión; que, por tanto, el auto del Juez de primera instancia que, abundando en las razones alegadas por el Encargado del Registro, esto es "sin necesidad de adentrarse en la mas exacta interpretación del concepto de "profesar la religión católica", se basará fundamentalmente en él, por otra parte, respetable - parecer manifestado, sin ser instado a ello, por la Autoridad eclesiástica diocesana -notificada a efectos del mejor cumplimiento de su ministerio y cura -



El primer punto señalado por la Resolución es el hecho de que el sistema matrimonial no es facultativo: "... no es propiamente voluntaria..." Se insiste en que el 42 C.c. es un texto concordado, si bien en este punto aclara que "oficiosamente". Se señala la incompetencia del ordenamiento canónico para determinar que es profesar en el ordenamiento civil español, y la consecuente competencia del ordenamiento español. Nada se especifica acerca de lo que significa profesar, si bien se señala la necesidad de probar, sin dudas, la no profesión para acceder al matrimonio civil, la apreciación de la suficiencia o insuficiencia de la misma corresponderá al Encargado del Registro. -

En este mismo año una Resolución del cuatro de junio resuelve un recurso entablado contra el acuerdo del Encargado del Registro Civil consular en la Embajada de España en Costa Rica como consecuencia de la no inscripción de un

---

de almas- y de modo poco concluyente por cierto, sin expresar hechos concretos que más lo abonen, incumpliría las normas civiles que, en materia tan delicada y difícil, no permiten, sin embargo, el cómodo expediente de acudir y remitirse a otra jurisdicción, que de más graves cuestiones trata y con más rigor puede, en el fuero interno, sancionar desobediencias.

CONSIDERANDO: sin embargo, que en el caso presente el auto recurrido del Juez de primera instancia, - como el del Juez Encargado del Registro no se basan - con error de derecho en el expresado parecer y oposición diocesana, ni resultan arbitrarios; sino que, como se ve del contexto, se fundan en las circunstancias de fecha, las cuales, no contradichas por pruebas más convincentes, hacen por lo menos sospechosa la actual apostasía de los contrayentes, los cuales, como queda dicho, y según los textos legales y jurisprudencia, no pueden a su arbitrio elegir la clase de matrimonio que

matrimonio contraído en primer lugar civilmente y posteriormente en religión acatólica. El problema básico, y - que -aplicando la legislación española- impide la inscripción es la técnica de un impedimento de orden (230). Sin embargo, y una vez mas tangencialmente, se alude al tema de la acatolicidad, señalándose que para que el Encargado del Registro Consular pueda acceder a la inscripción de - matrimonio civil celebrado en el extranjero por españoles, es necesario la prueba de la acatolicidad. Se señala más adelante que la inscripción de dicho matrimonio violaría no solo la legislación española, sino tambien la canónica, lo que permite un intento de separar ambos ordenamientos en materia matrimonial.

La posibilidad de que los apóstatas accedan al matrimonio civil es nuevamente señalada en la Resolución de la D.G.R. y N. de 28 de junio del 62. Los hechos que dan lugar a esta resolución son los siguientes: Dos bautizados - en la Iglesia Católica, pero uno de ellos afiliado a secta acatólica, pretenden contraer matrimonio canónico, para lo cual solicitan debida dispensa del impedimento de mixta religión a la Autoridad eclesiástica, dispensa que les es de negada en 1952. Mas adelante, la parte que en el momento -

---

pretenden contraer, sin llevar antes al ánimo del -- Juez Encargado -dueño de la apreciación de la prueba y bajo su responsabilidad- el convencimiento de la - situación alegada".

(230) Vid. canon 1072 del C.J.C.

de pretender contraer aún permanecía fiel a la Iglesia Católica, pasa a adscribirse a secta acatólica; en dicho punto -siendo ambos bautizados en la Iglesia Católica pero habiendo pasado a pertenecer a secta acatólica- pretenden -- contraer matrimonio civil. El Ministerio Fiscal -y el Vicario General del Arzobispado, pero esto tiene escasa importancia a nuestros efectos- se opone el matrimonio por considerar que la adscripción formal a esa secta acatólica no es suficiente prueba de no profesión, ya que en su día había pretendido contraer matrimonio canónico aunque la otra parte no profesaba el catolicismo, lo que sería prueba de su profesión. A esta objeción responde la D.G.R. y N. en - el segundo CONSIDERANDO con los siguientes términos:

"CONSIDERANDO: Que la circunstancia de que en un momento anterior, suficientemente en el tiempo alejado, una de - las partes contrayentes no hubiera evolucionado en el sentido en que posterior y ostensiblemente lo hizo, esto es, alejándose de la fe materna, no ha de ser considerado como un obstáculo absoluto de su consideración actual de acatólica"

No era esta la primera ocasión, ni sería la última, en que la D.G.R. y N. se ve requerida a resolver como consecuencia de la inscripción o no de matrimonios celebrados en el extranjero por nacionales españoles. Ya el 13 de octubre de 1959 se había resuelto en el sentido de ser necesario el hecho de no profesar para que fuese eficaz un matrimonio -- celebrado en el extranjero, si bien se admite la posibilidad

de anotación en tanto se prueba la acatolicidad de las partes (231).

También en 1962 se presenta ante un Juzgado Municipal, un escrito en el que dos futuros contrayentes solicitan se resuelva a cerca de la procedencia de su matrimonio civil, declarando ambos no profesar la religión católica; se notifica el hecho a la Autoridad eclesiástica que se limita a acusar recibo son dar ninguna otra respuesta; el Encargado del Registro consulta a la D.G.R. y N. y ésta resuelve en 25 de octubre en el siguiente sentido:

"CONSIDERANDO: Que la procedencia de autorizar el matrimonio civil entre dos personas que habiendo sido bautizadas en la Iglesia Católica manifiestan haber pasado a la apostasía, ha de ser comprendida en el supuesto del artículo 245 del citado Reglamento, por lo que corresponde calificar al Encargado del Registro sobre la procedencia o no del acto (Resoluciones de 8 y 20 de febrero de 1962).

CONSIDERANDO: Que este Centro tiene resueltos con fecha 18 de mayo y 28 de junio de 1961, que para autorizar el matrimonio civil de los contrayentes bautizados en la -

---

(231) Resolución de la D.G.R. y N. de 13 de Octubre de 1959, citada en PORTERO SANCHEZ, Luis, Jurisprudencia..., - cit., pág. 154.

Iglesia Católica, cuya religión no profesan por haber apostatado de ella, no es requisito previo que la Iglesia haga declaración alguna sobre la separación del catolicismo y el ingreso en otra religión".

Cuatro ideas, creo, constituyen el entramado de esta Resolución:

- Algunos bautizados en la Iglesia Católica pueden -- contraer matrimonio civil.

- No es claro si se debe exigir, para estar incluído en el supuesto de hecho de la anterior afirmación, si es -- necesario el ingreso en otra religión. La D.G.R. y N. alude al tema pero no se inclina, decisoriamente, en uno u -- otro sentido, creo que esto significa una duda.

- El Ordenamiento jurídico competente para determinar quién está incluído en el grupo de españoles con acceso al matrimonio civil, es el Ordenamiento jurídico español.

- La Autoridad competente, dentro del ordenamiento -- jurídico español para fijar quién está incluído en el supuesto de hecho es el Encargado del Registro.

Así pues el aspecto, llamemosle, procedimental está -- claro; en cuanto la vertiente material del problema solo -- una idea es clara: algunos bautizados en el catolicismo --

pueden no profesarlo; pero quedan importantes dudas por resolver.

La Resolución de la D.G.R. y N. de 3 de septiembre de 1963 (232) mantiene la misma solución. Creemos que lo más destacable del numeroso caudal de Resoluciones de este período es, junto al hecho de apartarse de la anterior doctrina en virtud de la cual todo bautizado en la Iglesia Católica debía contraer matrimonio civil, la insistente — y creemos que innecesaria, al menos técnicamente— mención de la incompetencia de las Autoridades Eclesiásticas para determinar quién debe tener acceso al matrimonio civil: — "...para autorizar el matrimonio civil de los contrayentes bautizados en la Iglesia Católica, cuya religión no profesan por haber apostatado de ella, no es requisito previo e inexcusable que la Iglesia haga declaración alguna sobre su separación del catolicismo y su ingreso en otra religión".

Un caso curioso se plantea en este mismo año; dos futuros contrayentes, bautizados en la Iglesia Católica, pretenden demostrar su acatolicidad, y consecuentemente contraer matrimonio civil, mediante la prueba de estar adheridos a la secta de "Testigos de Jehová". El Fiscal Municipal se opone a la eficacia de dicha prueba, a efectos de contraer matrimonio civil, aduciendo que dicha comunidad está prohibida en España. Como consecuencia de tal alegación el Juez de Primera Instancia consulta a la D.G.R. y N. Resol-

---

(232) Citada en PORTERO SANCHEZ, Luis, Jurisprudencia..., cit., pág. 162.

viendo esta con fecha de 8 de octubre de 1963 que es suficiente prueba de acatolicidad y autorizando por lo tanto - la celebración del matrimonio civil.

Los matrimonios celebrados durante la vigencia de las disposiciones civiles matrimoniales de la II República Española (tanto los celebrados antes del 18 de julio de 1936, como los celebrados con posterioridad a esa fecha en aquellas zonas del territorio nacional que aún permanecían bajo el poder legal, legítimo y de hecho de las instituciones republicanas), han sido una fuente inagotable de problemas que ha enriquecido considerablemente la jurisprudencia en materia matrimonial. Con fecha de 9 de julio de 1964 la D.G.R. y N. se enfrenta a uno de esos numerosos casos.

Los hechos, descritos muy someramente, son los siguientes:

- El 25 de marzo de 1937 contraen matrimonio civil en Bilbao dos, muy probablemente, por la razón que mas adelante veremos, bautizados en la Iglesia Católica.

- Los mismos contrayentes celebran matrimonio canónico el 28 de noviembre de 1940, creo que este hecho, permite suponer que tres años antes estaban ya bautizados en la Iglesia Católica.

- Años mas tarde pretenden que se proceda a la cance-

lación de la inscripción en el Registro Civil del matrimonio civil celebrado en 1937, alegando entre otras razones la incompetencia de la persona que lo autorizó.

- El Juez de Primera Instancia nº 3 de Bilbao deniega esa pretensión.

- Recurren ante la D.G.R. y N. que solo confirma el auto del Juez de Primera Instancia, sino que condena en costas al recurrente alegando "Que la debilidad de la fundamentación de lo pretendido llega a la temeridad, con la consiguiente condena en costas al recurrente, si se tiene en cuenta que los mismos contrayentes celebraron en 28 de noviembre de 1940, matrimonio canónico, dato éste omitido en la solicitud inicial, a pesar de la trascendencia del mismo"(233), y además señalando "Que esta trascendencia exige además, que se practiquen, cuanto antes, al margen de las inscripciones de uno y otro matrimonio, notas de referencia de una y otra, para ponerlas, en tanto subsistan en folios separados, en obligada conexión..." (234)

El tema de la "no profesión", de la "acatolicidad" en la terminología entonces vigente en la D.G.R. y N. no es, pues, planteado en este caso, Creo que lo realmente impor-

---

(233) 3er. Considerando.

(234) 4º. Considerando.



tante es precisamente el hecho de que no se mencione este tema. Desconocemos si el tema fué alegado por el recurrente, pero el tenor de la Resolución permite deducir que no lo fué, o al menos no lo fué con la suficiente claridad.

Mas adelante analizaremos numerosas Sentencias del -- Tribunal Supremo que inciden en el tema de la validez o no de matrimonios civiles, e incluso canónicos, celebrados en las circunstancias antes mencionadas, y comprobaremos que ante supuestos de hecho iguales la jurisprudencia ha adoptado soluciones diversas en momentos distintos, es decir -- la evolución jurisprudencial sobre la materia se ha dejado sentir incluso ante supuestos muy semejantes.

Son, sin embargo, menos frecuentes los casos en que -- la D.G.R. y N. se plantea este tema, este es uno de esos -- casos.

Creo que en resumen, y en lo que aquí interesa, la -- actitud de la D.G.R. y N. manifestada a través de su Resolución de 9 de julio de 1964, se cifra en que considera -- que es válido un matrimonio civil celebrado durante la Guerra Civil en zona gubernamental, al amparo de la legisla--ción republicana, aunque los contrayentes profesasen el catolicismo.

Ante un Recurso contra un auto del Juzgado de Primera

Instancia número 25 de los de Madrid que confirma la decisión del Encargado del Registro denegatoria, por prueba in suficiente de la apostasía, de la autorización para contraer matrimonio civil, la D.G.R. y N. resuelve el 3 de marzo del 1966 de esta forma:

"CONSIDERANDO: Que la cuestión planteada, es decir, la de si consta la acatolicidad de los contrayentes, debe decidirse en sentido afirmativo, pues, en efecto -aunque uno de ellos fué confirmado en la Iglesia Católica en edad adulta-, consta que ya los dos son acatólicos, al menos, -- desde un año antes de la pretensión del matrimonio civil, -- como resulta de los siguientes datos: 1º La actitud y declaraciones de los contrayentes, no desmentidas -en cuanto al dato de no profesar la religión católica-, por las diligencias obrantes relativas a la audiencia reservada de cada cónyuge: 2º Las declaraciones de los testigos, sin que por si solo importe el hecho de que la ciencia de estos se refiera también a tiempo en que los contrayentes todavía -- no estaban empadronados en la ciudad; 3º Las declaraciones del que, según la Dirección General de Seguridad, es Pastor de la Primera Iglesia Evangelista Bautista a que los contrayentes están adscritos; 4º El silencio de la Autoridad Eclesiástica diocesana -prolongado mas allá del mes de recibir la obligada comunicación del proyectado matrimonio- y el -oficio del promotor del Tribunal Eclesiástico del Obispado en el que se expresa el Juez Encargado del Registro: "De -

todos modos sabe V.S. que hecha la notificación, si dentro del mes nada contestamos, puede proceder a la tramitación y celebración del matrimonio civil proyectado, como en el caso que nos ocupa motiva este escrito, de los jóvenes -- J.M.F. y M.R.L."

Todo el conjunto de hechos aducidos por la D.G.R. y N. como prueba de la "no profesión" -acatolicidad, en su terminología- son un completo catálogo de las causas aducibles, sin embargo no deja claro cuales son consideradas como decisivas y cuales no.

La mención a que la acatolicidad de los contrayentes es un hecho desde un año antes de la pretensión nos recuerda una teoría que hubiera cabido suponer ya superada, al menos por la D.G.R. y N., la exigencia de que la declaración de acatolicidad fuese hecha "tempore non suspecto", - si se prefiere que no fuese hecho con motivo del matrimonio. Los argumentos en pro y en contra de esta solución, a nivel doctrinal, serán expuestos mas adelante. Parece pues que la D.G.R. y N, considera necesario, o al menos conveniente para facilitar la prueba, el hecho de que la declaración de acatolicidad, mejor el hecho de la acatolicidad, pueda ser probado con referencia a un tiempo separado del momento en que se pretenda contraer el matrimonio civil.

Se consideran como hechos relevantes de la acatolicidad de los contrayentes:

- Su actitud (ante la Religión Católica).
- Sus declaraciones (acerca de su acatolicidad).
- Las declaraciones testificales (sobre la posible acatolicidad de los contrayentes).
- La pertenencia a secta acatólica.
- La falta de respuesta por parte de la Autoridad -  
Eclesiástica a la notificación de que se iba a ce  
lebrar matrimonio civil de bautizados.

Suponiendo una coherencia entre las diversas Resoluciones de períodos próximos, cabe afirmar que de todas esas razones son decisorias las siguientes.

- Su actitud ante la Religión Católica (siempre que -  
sea "tempore non suspecto")
- La pertenencia a secta acatólica.

Rechazamos las restantes por los siguientes hechos:

- Sus declaraciones, pues necesariamente serán "tem-  
pore suspecto".
- Las declaraciones testificales, pues son simplemente un medio mas de probar su actitud ante la Reli-  
gión Católica.
- La falta de respuesta a la notificación por parte -  
de la Autoridad Eclesiástica, porque así lo había -

señalado la propia D.G.R. y N., con anterioridad -  
(235) y que fueron comentados mas arriba.

E incluso podrían dejarse los dos hechos, considerados como suficientes, reducidos a uno sólo: a su actitud frente a la Religión Católica, ya que la pertenencia a una secta acatólica no será otra cosa que un método de probar la primera circunstancia.

Nos es que la D.G.R. y N. diga específicamente eso, - pero creemos que se puede deducir del hecho de que la pertenencia a secta acatólica sea mencionada como una circunstancia mas entre varias, si fuera condición necesaria y suficiente para acceder al matrimonio civil, con su sola mención hubiese sido supérfluo el argüir los restantes.

Resolución de la D.G.R. y N. de 14 de marzo de 1967, - se vuelve a plantear el supuesto de un matrimonio celebrado por bautizados en la Iglesia Católica en el extranjero, y el posible fraude a la ley española que ello pueda suponer. Lo más destacable de esta resolución es el hecho de - considerar que para la forma es aplicable la regla "locus regit actum"; pero que en cuanto al fondo la ley aplicable es la nacional española, considerándose la acatolicidad como un presupuesto de fondo. Una afirmación creo que es importante, y aunque parezca obvia ha sido olvidada en numerosas ocasiones: "...no es la prueba de la acatolicidad... sino la acatolicidad misma...lo que constituye requisito -

previo para la celebración del matrimonio civil, de modo que esas medidas probatorias pueden cumplirse [ a posteriori

El 5 de agosto de 1966 un mayor de edad, perteneciente a la religión evangelista desde su nacimiento, y una menor bautizada en la Iglesia Católica, que posteriormente ha pasado a pertenecer a dicha secta, solicitan contraer matrimonio civil. El cura párroco de la parroquia a la que pertenece la contrayente se opone pues considera que esta sigue profesando la religión católica. La D.G.R. y N. responde con fecha 21-III-67 a consulta del Juez de Primera Instancia con la siguiente Resolución:

"CONSIDERANDO: Que respecto de la contrayente -única sobre la que se ha planteado cuestión-, el conjunto de -- pruebas presentadas (certificaciones del que se titula Pastor Ordenado de la Iglesia evangelista española, información testifical, declaración jurada de la interesada licencia de sus padres, exploración del instructor) demuestran claramente que aquella, si bien bautizada en la Iglesia Católica, está desvinculada de esta religión y, desde hace -- mas de un año, es considerada como miembro congregante de la Iglesia evangélica..

CONSIDERANDO: Que, no obstante, lo que motivó dudas sobre la acatolicidad y dió lugar a la consulta fué la de-

---

25 de octubre de 1962 y 3 de septiembre de 1963, entre otras.

claración del párroco en el sentido de que la contrayente le había manifestado "una y mil veces que nunca dejaría - de ser católica", afirmación no contradicha por aquella - en las diligencias para mejor proveer ordenadas por este Centro directivo, sino sólo matizada en el sentido de que su manifestación al señor párroco no correspondía a su ín timo pensamiento lo que, naturalmente, originaba dudas a cerca de la veracidad de las declaraciones de la contrayente ante el Juzgado y a pensar si la misma, siendo católica, pretendía eludir las leyes canónicas sobre el matrimonio.

CONSIDERANDO: Que estas dudas aparecen disipadas por una comunicación del ilustrísimo señor Vicario General -- del Arzobispado de O. quien, después de la declaración ver bal tomada a la contrayente, no encuentra obstáculo, ante - la insistencia de aquellos en su apostasía para que se pro ceda a autorizar el matrimonio civil".

Un primer hecho es deducible inmediatamente del tenor de la Resolución es que la Dirección General ya no se plan tea ninguna duda a cerca de si un bautizado en la Iglesia Católica puede no profesar su religión católica; la identi dad profesar estar bautizado ya no existe, las Resoluciones de 17 de septiembre de 1946 y de 8 de marzo de 1950 quedan ya lejos. El camino que comenzó con cierta timidez en 1954, y ya con absoluta claridad en 1962, ya no tiene ninguna des viación.

Sin embargo no acepta esa Resolución las soluciones --

mas facilitadoras del acceso al matrimonio civil; sigue apareciendo, aunque solo sea de una forma velada, la necesidad de que aquél bautizado en la Iglesia Católica que pretende contraer matrimonio civil, prueba su adscripción a secta acatólica; no admite la posición "subjetivista" y que uno de sus letrados había apuntado ya en 1957, y manifestado con absoluta claridad en 1966 (236). En efecto, de la lectura del segundo considerando se puede deducir, que para la D.G.R. y N. no es suficiente prueba de la acatolicidad el hecho de acudir al matrimonio civil.

Es sorprendente, dada la fecha de la Resolución, que la comunicación del Vicario General del Arzobispado, se convierte en elemento esencial de la escisión de la D.G.R. y N., no cabía suponer que tras las Resoluciones de 25 de octubre de 1962 y de 3 de septiembre de 1963 entre otras se concediera tal importancia a la actitud de las Autoridades Eclesiásticas. A la manifestación de un párroco en contra de la celebración de un matrimonio civil, no se oponen argumentos jurídicos del ordenamiento español, no se oponen actitudes contrarias de autoridades Registrales o Judiciales, se oponen las opiniones de una Autoridad Eclesiástica de mayor jerarquía que un párroco; en cierta medida se con

---

(236) Nos referimos a PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, Los matrimonios civiles contraídos por católicos durante la vigencia de la Ley de Matrimonio civil de 28 de 1932. Notas a la sentencia del T.S. de 25 de enero de 1956. "Anuario de Derecho Civil", Tomo X, Fascículo I, Enero-marzo MCMLVII, págs 253-263, y Matrimonio Civil" contraído de mala fé por católicos mallorquín con norteamericana. "Anuario de Derecho Civil", Tomo XIX, Fascículo IV, octubre-diciembre MCMLXVI, págs. 888-900.



sidera que las Autoridades Eclesiásticas son las competentes para determinar quien profesa y quien no profesa la Religión Católica, y será prevalente la opinión de una Autoridad superior jerárquica -según el Derecho Administrativo Canónico- a la de inferior, cuando existan criterios discordantes.

Por el contrario la tesis "subjetivista" es acogida con absoluta claridad en la Resolución de la D.G.R. y N. - de 3 de agosto de 1970 (237). Sin embargo antes de entrar

---

(237) "CONSIDERANDO: Que, en armonía con lo dispuesto en los arts. 31 y 32 de la ley de 44/1967, de 28 de junio, sobre libertad religiosa; el art. 246 del Reglamento del Registro Civil, en la nueva redacción dada por el Decreto de 22 de mayo de 1969, admite la declaración expresa de los interesados de "no profesar la Religión Católica" como medio de prueba, idóneo, a los efectos de los arts. 42 y 86 del Código civil, que permite la celebración de su inmediato matrimonio civil, como lógica consecuencia del hecho de --- quien dice no profesar, en efecto no profesa, aunque pertenezca por el bautismo a tal religión.

CONSIDERANDO: Que la cuestión se plantea de otro modo cuando de lo que se trata es, como en este caso, de lograr la transcripción en el Registro Civil español de un matrimonio civil ya celebrado por españoles en el extranjero, en cuyo caso es preceptivo tramitar el expediente previsto en el art. 73 de la Ley del Registro Civil y desarrollando en el art. 249 del Reglamento, en el que, con arreglo a este mismo artículo -que no ha sido objeto de reforma-, "se practicarán las debidas diligencias probatorias de la religión... de los contrayentes".

CONSIDERANDO: Que, a estos efectos, no puede en principio ser suficiente, por si sola, la simple ulterior declaración de los contrayentes de que el tiempo del matrimonio cuestionado profesaban o no la religión Católica, pues esta declaración, al ir referida, no al mismo momento en que se emite, sino a un tiempo anterior, ofrece matices diferentes, y además puede ir dirigida a eludir el cumplimiento de las leyes --- (cfr. art. 1232 del Código civil).

en dicho punto creemos necesario aludir a la mención a la Ley 44/67 que se hace en el considerando primero de esta resolución, en el precepto en que se apoya la argumentación es el artículo 32 párrafo 2 (238); solo pretendemos señalar que la D.G.R. y N. se apoya en la Ley de Libertad Religiosa para justificar un sistema -valga la expresión- mas liberal, como se verá más adelante este argumento también ha sido utilizado por la doctrina. El análisis de la Ley, y muy especialmente si su normativa es aplicable a todas las confesiones religiosas, o si la católica queda excluida de su ámbito normativo es tema ya analizado. Dos ideas centrales creemos que se desprenden del texto resolutorio; basta con la declaración de no profesar el catolicismo para poder acceder al matrimonio civil, y que esa declaración debe ser hecha con anterioridad al matrimonio civil.

La primera idea sería tanto como acoger la posición -subjetivista, pero esto requiere algunas matizaciones. No sigue la postura estrictamente subjetivista que consistiría considerar que el simple hecho de acudir al matrimonio

---

CONSIDERANDO: Que, ello no obstante, en el caso actual la repetida declaración de acatolicidad unida al conjunto de diligencias probatorias practicadas, singularmente las manifestaciones de los parientes -cercanos de los contrayentes, el bautismo de estos -Testigos de Jehová en el año siguiente a su matrimonio y el mismo hecho de haber contraído matrimonio civil permiten concluir que se acatolicidad está demostrada en aquella fecha y que debe, por ende, inscribirse tal matrimonio en el Registro Civil español.

CONSIDERANDO: Que con arreglo a los arts. 98 de la Ley y 371 del Reglamento son de oficio las costas del expediente y de los recursos".

civil sería suficiente para no profesar el catolicismo. - El que en el último considerando se aduzca el hecho de haber contraído matrimonio civil estimamos que no supone que la D.G.R. y N. adopte tal postura, se emplea como un argumento más -no determinante- para demostrar la acatolicidad. Por otra parte la mención en el considerando tercero de dicho conjunto de pruebas permite suponer que la D.G.R. y N. considera que la declaración de no profesión no es el único método de probarla. Ya sea cumulativa, subsidiaria o facultativamente son admisibles otros procedimientos para probar tal hecho.

La segunda idea: la no profesión debe ser anterior al matrimonio, creemos que es lógica consecuencia del párrafo 3º del artículo 42 del C.c. Cuando el 42 del C.c. dice "Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica", está -- claramente señalado que para acceder al matrimonio civil -- se debe de probar la no profesión en dicho momento. Si posteriormente se deja de profesar esto no afectará en absoluto a la validez del negocio jurídico. Si posteriormente se plantean problemas en torno a la validez o no invalidez de tal matrimonio por razón de no profesión, cualquier argumentación que se haga al respecto debe ser referida al momento en que tal prueba era exigible, es decir, al momento inmediatamente anterior al matrimonio.

---

(238) "La no adscripción a una confesión religiosa se acreditará mediante declaración expresa del interesado".

Por último, la mención de la pertenencia de los contrayentes a la secta acatólica de los Testigos de Jehová no es otra cosa que un residuo de las antiguas resoluciones que exigían la pertenencia a secta acatólica para acceder al matrimonio civil (239).

Cronológicamente correspondería analizar en este punto la Resolución de la D.G.R. y N. de 27 de junio de 1972, sin embargo prescindiremos de tal análisis, porque, por razones metodológicas, será analizado más adelante al exponerse los comentarios que la misma sugirieron a LOPEZ ALARCON (240).

Como consecuencia de una consulta a la Dirección General, esta resuelve en 20 de octubre de 1973 en el siguiente sentido:

"CONSIDERANDO: Que eliminada la oposición del Ministerio Fiscal, tras el informe del 25 de agosto de 1973, el único extremo a que se ciñe la consulta, con arreglo al art. 250 del Reglamento del Registro Civil y, por tanto, el único que ha de ser examinado, es el relativo a si en el presente expediente para contraer matrimonio civil por parte de dos bautizados en la Iglesia Católica, se ha acompañado la prueba de que el abandono de la religión católi-

---

(239) Vid., entre otras, la Resolución de la D.G.R. y N. de 25 de octubre de 1962.

(240) Vid, LOPEZ ALARCON, Mariano, Matrimonio civil y obstáculo legal de profesión de la religión católica. (con-

ca ha sido comunicada por los interesados a los párrocos de sus domicilios, como exige hoy el art. 245 del propio reglamento.

CONSIDERANDO: Que el último artículo citado, recogiendo lo dispuesto para las confesiones religiosas no católicas por el art. 32 de la Ley 44/67, de 28 de junio, sobre Libertad Religiosa, ha venido en efecto, a establecer la necesidad de que los casos aducidos se presente al expediente prueba bastante de que el abandono de la religión católica ha sido comunicado al párroco del domicilio o la comunicación por correo certificado con acuse de recibo y a través del propio Juez Encargado (cfr. art. 245 del Reglamento del Registro Civil "in fine".)

CONSIDERANDO: Que en el caso actual no aparece probada suficientemente la comunicación del abandono, puesto -- que: a) las contestaciones de los párrocos, aunque se dieren como auténticas, no son lo suficientemente expresivas en orden a constatar el contenido de las cartas que les han dirigido los contrayentes, y b) el probable texto de una -- de estas, obrante al folio 10 del expediente, se limita a una petición al párroco de que se remita al contrayente el documento pertinente a fin de contraer matrimonio civil --

---

sultas, recursos gubernativos y procesos judiciales según la resolución de la D.G.R. de 27 de junio de 1972), "Revista Española de Derecho Canónico" Vol. XXIX, núm. 82, enero-abril 1973, págs. III-123.

-lo que es totalmente innecesario- y añade, a estos efectos, una declaración de no practicar la religión católica, lo que no puede identificarse con la desvinculación efectiva de la Iglesia en que consiste el abandono, no profesión o apostasía".

Aunque la presente Resolución no alude a temas de derecho material sino más bien de procedimiento, muy específicamente; del método de prueba, creemos, sin embargo, que algunas afirmaciones permiten clarificar el concepto de no profesión.

Del primer considerando se puede deducir lo que en esa fecha es ya pacíficamente aceptado por la práctica totalidad de la doctrina, jurisprudencia la D.G.R. y N. y en el plano interpretativo por vía administrativa y legislativa, algunos bautizados en la Iglesia Católica pueden contraer matrimonio civil.

El segundo considerando alude a la Ley de Libertad Religiosa, o mas exactamente al artículo 245 del Reglamento del Registro Civil como desarrollo del artículo 32 de tal Ley (241). Las alusiones a tal ley serán continuas en la jurisprudencia y doctrina de tal período que se refieren al tema aquí suscitado.

---

(241) Mas concretamente el párrafo 3º de dicho artículo que señala que "El abandono de una confesión religiosa -- exigirá la prueba de que el mismo ha sido comunicado al ministro competente de la religión que hubiese sido abandonada".

Es el tercer considerando el que mas ayuda a concretar el contenido del término profesar y esto por una doble vía: por una parte señalando una diferencia, estableciendo una identidad de otra parte.

Profesar no es practicar. Un no practicante de una religión puede profesarla, esto -con lo que se puede disentir en teoría- ayuda a concretar el significado del término profesar, o al menos no la dificulta. De establecer la identidad práctica=profesión caeríamos en algo aún mas inconcreto ¿Que es practicar?, ¿cuales son las obligaciones que debe de cumplir un católico para que se le considere practicante? ¿Será practicante aquél que realice todos los actos de culto exigidos por la Iglesia, pero que sin embargo no actúe conforme a los principios básicos de la religión católica?. Preguntas sin respuesta a las que la D.G.R. y N. no obliga a contestar.

La resolución finaliza estableciendo una doble identidad no profesión=apostasía=abandono.

La identidad apostasía=abandono quedaría perfectamente justificada de apoyarse en el ordenamiento canónico (242)

---

(242) S 2 del canon del 1325 C.J.C. "...si a fide christiana totaliter recedit, apostata...".

la identidad con profesión no es justificable apoyándose en el C.J.C., cuando el Título XXIV de la Cuarta Parte - del Libro III habla "De fidei professione" esencialmente refiriéndose a algo bien distinto. No creemos que la --- D.G.R. y N. trate de apoyarse en el Derecho Canónico, para establecer tal identidad, creemos que la indiscutible competencia del ordenamiento jurídico español para determinar quien puede acceder al matrimonio civil es lugar - común en 1973. Otra cosa es que el propio ordenamiento - español haga intervenir de alguna forma a las autoridades eclesiásticas (el párroco católico en nuestro caso), pero esto es una decisión soberana del ordenamiento español. (243)

La actual línea de pensamiento, en materia matrimonial, de la D.G.R. y N., queda reflejada en tres recientes resoluciones que no inciden directamente en el tema de la "profesión...", pero son de notable importancia.

La Resolución de la D.G.R. y N. de 23 de marzo de - 1976 resuelve si se debe denegar la inscripción de un matrimonio civil celebrado en el extranjero entre acatólico español y divorciada acatólica extranjera y considera -- "...Que a este respecto conviene distinguir según que el

---

(243) P. ejem: vid. artículo 245 del R.R.C. y artículo - 32-3 de la Ley 44/67.



previo matrimonio de la extranjera fuera canónico o civil, pues siendo canónico, una constante jurisprudencia del T.S. estima que por razones de orden público el impedimento de ligamen persiste...siendo el matrimonio civil, los principios de comunidad jurídica universal y el carácter restrictivo con que debe hacerse uso de la excepción de orden público han obligado...a estimar que ha desaparecido el impedimento de ligamen a consecuencia del divorcio dictado de acuerdo con la correspondiente ley personal..."

Ante un supuesto similar -no se trata de inscripción, sino de celebración del matrimonio- la Resolución de la - D.G.R. y N, de 5 de abril de 1976 afirma "...la excepción de orden público, por implicar una quiebra en la comunidad jurídica internacional, debe ser interpretada muy restringidamente; sin embargo, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia del T.S. y cuando el matrimonio previo es canónico, debe entenderse que, a pesar de haberse dictado el divorcio vincular conforme a la correspondiente ley personal, persiste, por razones de orden público, el impedimento del ligamen".

En el mismo sentido la Resolución de la R.D.G.R. y N. de 24 de agosto de 1976 resuelve que: "...siendo canónico [el matrimonio] tienen ineludible aplicación la doctrina de una constante jurisprudencia del T.S., según la cual y por razones de orden público se estima que el impedimento de ligamen persiste entonces, a pesar de haberse decretado el divorcio vincular conforme a la correspondiente Ley

personal extranjera".

En resumen, y al margen de los argumentos técnicos empleados, la D.G.R. y N. considera que el matrimonio - canónico es indisoluble en cualquier caso, y que el civil en algunos supuestos puede ser disuelto. No nos extendemos en el análisis de estas resoluciones, aún a pesar de su notable interés, en razón de no aludir específicamente al tema planteado (solo en la primera de ellas se afirma, indirectamente, que un bautizado puede contraer matrimonio, idea subyacente en todas ellas).

De las anteriores páginas se puede deducir con nitidez la evolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia que nos ocupa, es evidente que en todas las resoluciones comentadas el problema básico - debatido haya sido el concepto de profesar, los temas más polémicos de derecho matrimonial se han planteado en tales resoluciones: matrimonios contraídos durante la guerra civil (244), matrimonios celebrados en el extranjero (245), si el sistema es concordado o no (246), carácter del sistema matrimonial (247), sin embargo esos puntos han sido - dejado de lado para centrar nuestra atención en el punto -

---

(244) Resolución de la D.G.R. y N. de 9 de julio de 1964.

(245) Resolución de la D.G.R. y N. de 13 de octubre de 1955.

(246) Resoluciones de la D.G.R. y N. de 13 de enero y 8 de febrero de 1962.

(247) Resolución de la D.G.R. y N. de 8 de febrero de 1962.

que ahora nos interesa: ¿Que es -para la DGR y N- profesar la religión católica?.

Todo un conjunto de Resoluciones (248) giran en torno a un tema la Orden Ministerial de 1941; son las primeras resoluciones después de la guerra civil, que al igual que la primera doctrina son, miradas con la perspectiva - de tres décadas, partidarias de una solución restrictiva en cuanto a autorizar matrimonio civil a bautizados en la Iglesia Católica. Sin embargo, como ya hemos señalado, no adopta la D.G.R. y N. la más restrictiva de las soluciones; el hecho de que siempre a la palabra bautizados se añada - "en la Iglesia Católica" permite suponer que la D.G.R. y N. considera que los bautizados en Iglesias acatólicas no que dan obligados al matrimonio canónico.

El cambio de actitud de la D.G.R. y N. se puede localizar en una fecha muy concreta el 17 de diciembre de 1954, con tal fecha una resolución de tal organismo autoriza el - el matrimonio civil de bautizados en el catolicismo. Sin -- temor de equivocarnos podemos calificar tal cambio de ac-- titud como radical.

La posterior actividad resolutoria de la D.G.R. y N.

---

(248) Resoluciones de la D.G.R. y N. de 17 de septiembre - de 1946, 8 de marzo, 17 de abril y 5 de mayo de 1950, 7 de julio de 1952 y 3 de marzo de 1954, entre otras.

se centra en delinear con absoluta claridad el camino marcado en diciembre de 1954.

En la primera mitad de la década de los 60, la principal preocupación, sin apartarse, desde luego, del camino antes mencionado, consiste en señalar la competencia - del ordenamiento español para indicar quien profesa y --- quien no, a efectos de poder acceder al matrimonio civil, y junto a ello a indicar la necesidad de que aquellos bau tizados en el catolicismo que pretendan probar su no profesión, deberán probar su pertenencia a secta acatólica - (249).

Esta línea es quebrantada en el año 66, en Resolución de 3 de marzo de tal año la D.G.R. y N. no exige con la firmeza de anteriores Resoluciones la prueba de pertenencia - a secta acatólica, al mismo tiempo que se muestra partidaria de que la declaración de apostasía sea hecha "tempore non suspecto".

El 21 de marzo de 1967 una resolución adopta una postura que podríamos calificar de extravagante -en el sentido propio del término- al exigir la pertenencia a secta aca

---

(249) Resoluciones de la D.G.R. y N. de 13 de enero, 8 de febrero, 4 de abril, 28 de junio y 3 de septiembre - de 1962 y de 8 de octubre de 1963.

tólica y al dar gran importancia a la actitud de la jerarquía eclesiástica.

En los años finales de la década de los 60 y primeros de la de los 70 son frecuentes las alusiones a la ley de libertad religiosa (250), como un elemento más que permita adoptar una postura "subjetivista" si bien con ciertas matizaciones.

Las resoluciones de la década de los 70 se preocupan más de temas procedimentales que de fondo.

En resumen, creemos que la D.G. ha evolucionado hacia posiciones menos restrictivas, al hilo de las disposiciones legales vigentes en cada momento, si bien no siguiéndolas a la letra, sino más bien matizando -en ese mismo sentido- su interpretación.

3 - Interpretación dada a dicho término por la doctrina.

Afirmábamos más arriba, que pocos son los autores que tratando el tema matrimonial en España, no mencionan y, en

---

(250) Entre otras, Resolución de la D.G.R. y N. de 3 de agosto de 1970.

algunos casos, tratan de resolver el problema aquí planteado.

Ante la pregunta ¿Que es "profesar..."? la doctrina - ha adoptado muy diversas posturas (251). Algunos entienden que este término no significa otra cosa que estar bautizados. Otros restringen el supuesto de hecho a los bautizados en la Iglesia católica. Para algunos -considerando el artículo 42 del C.c. como una norma concordada-, se debe - de acudir a una negociación con la Santa Sede, aplicando - la metodología habitual de Derecho Concordatario, para determinar que significa este término, pasando pues, el problema del ámbito del ordenamiento jurídico español, al ámbito del Ordenamiento jurídico concordado. Otros ni tan si quiera admiten la intervención del Ordenamiento jurídico - español como "negociador" en una hipotética pretensión de concretar el significado de la expresión, sino que consideran que el único ordenamiento competente para resolver - tal cuestión es el canónico. Otro grupo de autores tralada el problema -y no lo resuelve- estableciendo la equivalen-

---

(251) DE FUENMAYOR, Trata de agrupar en dos sectores a todas las posturas doctrinales: "...La principal discrepancia se cifra en esto: para unos "profesan la religión católica" los que han sido bautizados en la Iglesia católica, ya que la fé se profesa en el santo bautismo; para otras sólo "profesan" los que, además no - se han separado de ella ...". DE FUENMAYOR CAMPIN, --- Amadeo, El sistema..., cit., pág. 11, Creemos que la gama de posturas doctrinales es mucho más amplia, como pretendemos demostrar en el presente epígrafe.

cia "profesar..."="ser católico". Algunos opinan que la solución debe ir por una vía subjetiva y, por tanto, hacen depender la autorización para contraer matrimonio civil de alguna forma de conducta externa del interesado; declaración de no profesar, su actitud ante el catolicismo - desde el punto de vista de la práctica, etc..... Las posturas no se agotan -como demostraremos seguidamente- en las aquí enumeradas.

Si algo se puede deducir de un análisis de las diversas posturas doctrinales es que, en la generalidad de los casos, se limitan a explicar la interpretación administrativa del término. La aparente evolución de la doctrina, en definitiva, no es tal, sino solo un reflejo de la evolución administrativa.

Lo que los autores han opinado que significa "profesar..." en los diversos momentos del periodo 1938-1977 es lo que pretendemos exponer a continuación.

Uno de los primeros autores que analiza la materia es Eloy MONTERO (252) y parece identificar el profesar la religión católica con el ser católico. En efecto así se puede desprender de la siguiente afirmación: "...no hay duda alguna de que, según...[el art. 42 C.c.] los católicos -

---

(252) MONTERO GUTIERREZ, Eloy, El nuevo Estado..., cit.

no pueden contraer el llamado matrimonio civil, sino que deben acudir, si quieren casarse, al matrimonio canónico" (253). Sin embargo después de tan indubitada afirmación dice: "El 22 de mayo de 1938 se dictó una disposición [una Orden Ministerial] complementaria de la [Ley de 12 de marzo de 1938] ...según la cual los expedientes de matrimonio civil promovidos al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932 pueden seguir tramitándose y ultimarse, siempre - que ámbos contrayentes, o uno de ellos, declaren expresamente que no profesan la religión católica. Sin esa declaración previa no podrá en modo alguno autorizarse el matrimonio civil para los españoles" (254). Aunque más adelante señale la contradicción de esta norma con el Ordenamiento Jurídico Canónico y se lamente de ello, aunque solo sea para determinados supuestos, el hecho de exponer esta norma sin indicar que la considera ilegal, supone que identifica, siguiendo a la O.M., el término no profesar con la declaración de no profesar. Esto supone, o bien que la Orden Ministerial de 22 de mayo de 1938 ha derogado el artículo 42 del C.c., o bien, que el no ser católico es equivalente a declarar que no se profesa la religión católica y, en último extremo, el admitir que la autoridad competente para determinar que es ser católico, a efectos de contraer matrimonio civil en España, es la Administración.

---

(253) MONTERO GUTIERREZ, Eloy, El nuevo Estado..., cit., - pág. 9.

(254) MONTERO GUTIERREZ, Eloy, El nuevo Estado..., cit., - pág. 10.



En cualquier caso, este es un primer ejemplo de la anterior afirmación, de que la doctrina, en la mayoría - de los casos, se limita a exponer la interpretación administrativa, considerándola plenamente legal, aún a pesar de señalar su disconformidad, pero su disconformidad de "lege ferenda".

Un año más tarde y refiriéndose a la Orden de 11 de marzo de 1938 se vuelve a establecer la identificación - entre "profesar la religión católica" y "ser católico", - al afirmarse "...La Orden de 22 de marzo [de 1938] aclaró que el restablecimiento del Código Civil se hacía con la extensión dada tradicionalmente a su artículo 42, de ser la forma canónica exigida por ley civil a los católicos que contraigan matrimonio entre sí..." (255); y una vez más, al no señalarse la ilegalidad de esta interpretación se admite implícitamente la legalidad de la misma y se admite la existencia de la facultad discrecional de la Administración Pública para determinar quien puede y quien no contraer matrimonio civil en España. Prácticamente considerando el artículo 42 del C.c. como una norma en blanco a ser cubierta por la Administración.

---

(255)ROMERO VIEITEZ, M.A. Las normas de Derecho Matrimonial promulgadas por el nuevo estado español. Notas para su estudio dogmático), "Revista de Derecho Privado" Año - XXV, Núm. 288, enero 1941, pág. 77.

A una solución notablemente mas restrictiva, (tal vez como consecuencia de la Orden de 1941, precepto fundamental del que ESPIN opina que supone: "...el acercamiento de la interpretación del artículo 42 del Código, con el Derecho Canónico..." (256), es a la que llega ARAGONESES al -- afirmar: "...el bautizado en la religión católica es católico, aunque practique otra religión distinta de la católica, en tanto no sea expulsado del seno de la Iglesia; por lo que el bautizado no podrá probar que no es católico -y, por ende, contraer matrimonio distinto del canónico- mas - que cuando sea excomulgado...por lo tanto, lo que generalmente han de probar los que desean contraer matrimonio civil no es la acatolicidad, sino el no haber sido bautizados..." (257). De el anterior párrafo se puede deducir el siguiente proceso lógico del autor: profesar la religión católica es ser católico, todo bautizado, excepto el excomulgado, es católico. El afirmar que todo bautizado -salvo excomunión- es católico es inexacto, los bautizados fuera de la Iglesia católica no lo son, al menos para el Ordenamiento Jurídico canónico, y el considerar al Ordenamiento Jurídico estatal español competente para determinar quien es católico creo que es extralimitar la competencia del mismo.

---

(256) ESPIN, Diego, Manual..., cit., Vol IV, pág. 34.

(257) ARAGONESES ALONSO, Pedro, Prueba de la acatolicidad a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1 de la Orden de 10 de marzo de 1941, "Revista de Derecho Procesal", Abril-mayo 1951, pág. 340.

Esta interpretación del artículo 42 del C.c., dada por ARAGONESES, coincide prácticamente, a la letra con - la dada por la Orden de 1941, Orden, a la sazón, aún no derogada -en el supuesto, y esto ya se analiza en otro - lugar, de que en algún momento hubiese estado vigente-.

La opinión de DE LA HERA, sobre el sistema matrimonial establecido por la Orden de 1941 queda resumida en estas frase: "...el sistema matrimonial de la Orden de - 10 de marzo de 1941 es el matrimonio civil subsidiario - en su mas rígida formulación..." (258).

Una postura distinta es adoptada por LOPEZ ALARCON. A parte de señalar la ilegalidad, en parte, de la Orden de 1941 por oponerse al 42 del C.c., rechaza la identificación de la profesión de religión con el hecho de estar bautizado (259), Tambien al mencionar la aprobación por - la Santa Sede de la base 3ª de la Ley de Bases, del C.c.- se refiere al tema señalado: "...la expresión "no profesión religiosa"... [es] sinónima de =acatolicidad= (heterodoxia)... "(260), con lo cual parece identificar la - profesión de catolicismo con el hecho de ser católico, pe

---

(258) DE LA HERA, Alberto, Matrimonio civil..., cit., pág. 655.

(259) "...Este artículo [el 42 del C.c.] autoriza a celebrar el matrimonio civil a los que no profesan la religión católica, estén o nó bautizados". LOPEZ ALARCON, Mariano, El matrimonio..., cit., pág. 600.

(260) LOPEZ ALARCON, Mariano, El matrimonio..., cit., pág.- 600.

ro sin embargo, a diferencia de ARAGONESES, no identifica catolicidad con bautismo.

AGUNDEZ vuelve a la interpretación doctrinal mas habitual en dicho momento, sin duda, como ya hemos señalado, consecuencia de la Orden de 1941, identificando "profesar..." con el hecho de ser bautizado: "...consideramos que [profesar] no significa practicar la religión católica, ya que esto trasciende a actos externos muy difíciles de calificar en su intensidad y extensión, sino al propio sentido del verbo profesar en el vocabulario religioso, que es el específico de adquirir, mediante acto solemne y forma -el bautismo-, los derechos y obligaciones del súbdito de la Iglesia Católica", y continua mas adelante: "...si hubiese alguna duda, hoy está plenamente excluida por imperativo de la orden de 10 de marzo de 1941..." (261). Además de lo poco jurídico de parte del argumento -la dificultad de apreciación- creo que de las anteriores afirmaciones es importante destacar la mención de la Orden de 1941, ya que si en un principio se remite al "vocabulario religioso", más adelante, emplea como razón de la validez de una interpretación -el hecho de que sea la interpretación propuesta por una disposición de la administración española. La competencia del

---

(261) AGUNDEZ FERNANDEZ, Antonio, Contribución al estudio de los matrimonios civiles de católicos, "Revista - General de Derecho", Año XII, Número 144, septiembre 1956, pág. 670.

ordenamiento español para determinar quienes deben ser -- autorizados a contraer matrimonio civil, es nuevamente -- mantenida mas adelante por este mismo autor: "...hasta -- la Orden de 10 de marzo de 1941, era fácil la existencia de nupcias civiles...pues bastaba con que la declaración de heterodoxia la hiciese el cónyuge no católico..." (262). Así pues, desde 1938 a 1941 "no profesar la religión católica" significaba el realizar una declaración de heterodoxia, y a partir de 1941, el estar bautizado. No deja de -- ser sorprendente que aquellos que pretenden que la legislación matrimonial española sea idéntica a la canónica -- lo cual sólo es posible si el propio Ordenamiento español declara su total incompetencia en materia matrimonial y se remite, en esa materia, al Ordenamiento canónico-- invoquen continuamente las disposiciones del Ordenamiento estatal -- español en materia matrimonial.

En este mismo año TOBALINA (si bien manifestando la conveniencia de adecuar el sistema matrimonial español al derecho canónico (263)) reconoce la validez, para el Ordenamiento Jurídico español, de matrimonios civiles que son nulos para el Ordenamiento canónico, al afirmar: "A la -- sombra [del artículo 42 C.C.]...se han celebrado y siguen celebrándose matrimonios, mal llamado civiles, por -- cristianos que, por estar obligados a guardar en sus contratos matrimoniales la forma que impone la Ley canónica--

---

(262) AGUNDEZ FERNANDEZ, Antonio, Contribución..., cit, pág. 675.

(263) TOBALINA, Agustín, El matrimonio canónico de los casados civilmente, "Revista Española de Derecho Canónico Volumen XI número 31 enero-abril MCMLVI pá . 64.

realizan actos totalmente nulos ante Dios y ante la Iglesia (264), luego "a sensu contrario", válidos ante el Ordenamiento estatal español. Al hacer mención a "la forma que impone la Ley canónica", pensamos, que el autor está haciendo referencia a los bautizados en la Iglesia católica, o bautizados fuera de ella y posteriormente convertidos a la misma. Por lo tanto, TOBALINA no identifica profesar la religión católica -a efectos del 42 del C.c.- con el hecho de estar bautizados, ni tan siquiera de estar bautizados en la Iglesia católica. Es pues, junto con LOPEZ ALARCON, este autor, partidario de apartarse de la letra de la Orden de 1941, o al menos, de la interpretación mas restrictiva de la misma. Esta postura es cada vez mas clara, por parte de la doctrina, a medida que nos acercamos a la derogación de la Orden de 1941... Sin embargo, creemos que las opiniones doctrinales han tenido escasa influencia en las modificaciones legislativas, tal vez, lo cierto sea lo contrario.

Sobre este mismo periodo la opinion de DE FUENMAYOR es la siguiente: en primer lugar, admite explicitamente lo que es prácticamente una constante en la casi totalidad de la doctrina, nos referimos al hecho de considerar a la Administración como competente para determinar el significado del término "profesar...", o si se prefiere, ad-

---

(264) TOBALINA, Agustín, El matrimonio..., cit., pág. 54.

mitir que la misión de la doctrina no es otra que realizar la exégesis de las diversas disposiciones administrativas sobre la materia (265).

Centra el problema interpretativo básico con esta afirmación: "...la expresión legal [ "profesar..." ] admite varias y aún opuestas significaciones..." (266), y de que así lo ha considerado la doctrina y la administración, se deriva el hecho de los miles de páginas escritas y de las numerosas disposiciones promulgadas para concretar - su significado, concreción que será imposible si se parte de dicha hipótesis.

Considera DE FUENMAYOR que el sistema matrimonial en el periodo de vigencia de la Orden de 1941 es el de matrimonio civil subsidiario en su forma mas estricta, esta interpretación, contraria a conceder facilidades para acceder al matrimonio civil es consecuencia de que ",,,la Orden del 41 [ emplea ] sucesivamente y, al parecer, como sinonimas las expresiones "acatolicidad" y "no haber sido bautizado"..." (267). Lo que trae como consecuencia el que

---

(265) "Convencido estoy de dos cosas: 1ª Que, mientras se conserve como eje del sistema la tan discutida frase [profesar la religión católica], ha de existir una exégesis del art. 42 por vía administrativa; 2ª Que la norma reglamentaria, por su misma naturaleza, podía modificarse por la autoridad civil sin reformar el texto del art. 42". DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit., págs. 57 y 58.

(266) DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit, pág. 56.

(267) DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit., - pág. 26.

durante la vigencia de la Orden del 41 "...la forma ma--  
trimonial civil no es accesible a los súbditos de la Igle  
sia católica -ya sean católicos de origen por el bautismo,  
ya convertidos a la verdadera fé-, ya permanezcan sumisos  
a la misma, ya se hayan separado de ella, incluso aunque -  
hubieran sido excomulgados" (268).

A propósito de esta misma Orden DE LA HERA, afirma:-  
"El legislador de 1941 identifica "profesión de la Reli--  
gión Católica" con "recepción del bautismo"; equiparación  
que no coincide con la realidad, y que tampoco ha sido -  
recibida en este campo por el legislador canónico; pues-  
si bien es cierto que todo el que ha recibido el bautismo  
es miembro de la Iglesia católica y súbdito de la autori-  
dad eclesiástica, el Código pío-benedictino no somete a -  
la forma canónica del matrimonio a todos los bautizados,  
sino que excluye a aquéllos que recibieron el bautismo --  
válidamente pero en una secta acatólica y nunca perteneci  
ron de facto a la Iglesia" (269).

El Concordato de 1953 no tuvo una influencia inmedia-  
ta en el sistema matrimonial español, sin embargo, hay que  
admitir con DE LA HERA que: "...a partir de 1954, se empie  
za a dar entrada en nuestro ordenamiento a la idea de que

---

(268) DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit.,  
págs. 27 y 28.

(269) DE LA HERA, Alberto, Matrimonio civil..., cit., pág.  
658, y en el mismo sentido nota 69.



el bautizado apóstata puede...ser admitido al matrimonio civil..."(270), y tal vez, en ello tenga alguna influencia el nuevo Concordato; para en 1956 -según DE LA HERA- pasar a "...identificar la petición de celebrar matrimonio civil con la prueba de "no profesión"..."(271).

Para cerrar el cuadro de opiniones doctrinales en cuanto al contenido del término "profesar..." en el periodo de vigencia de la O. del 41 acudiremos a la opinión de DIEZ-PICAZO. Para este autor la Orden de 1941 impone - "...el matrimonio canónico como único matrimonio posible cuando uno de los contrayentes se encontraba bautizado" - (272) y mas adelante añade: "La Orden de 10 de marzo de 1941 estableció que solamente podían contraer matrimonio civil las personas que demostraran su acatolicidad, mediante la prueba de no encontrarse bautizado..." (273). -- Así pues, cabría decir que para DIEZ-PICAZO, interpretando la Orden del 41 "profesar la religión católica" es equivalente a estar bautizado. Sin embargo, el propio DIEZ-PICAZO matiza esta exagerada pretensión a la pregunta "... - ¿Quiere ello decir que cualquier bautizado no dispone de otra manera de matrimonio distinta del canónico..." respon

---

(270) DE LA HERA, Alberto, Matrimonio civil..., cit., pág. 664.

(271) DE LA HERA, Alberto, Matrimonio civil..., cit., pág. 667.

(272) DIEZ-PICAZO, Luis, Estudios sobre la Jurisprudencia civil, Volumen III, 2ª edición, pág. 20.

(273) DIEZ-PICAZO, Luis, Estudios..., cit., pág. 25.

de (274) (no sin antes señalar que "...Esta es, naturalmente, la consecuencia lógica y dogmática del precepto - de que se trata..." (275)) que "...sin embargo...ni el -- propio T.S. ha podido llegar a ella y ha admitido el matrimonio civil, cuando se trataba de personas bautizadas en sectas cristianas disidentes..." (276).

Dos preguntas cabría formular, a propósito de esta - afirmación: ¿Tan solo a los no bautizados y a los bauti-- zados en sectas cristianas disidentes ha considerado el - T.S. aptos para contraer matrimonio civil? y ¿Todo bauti-- zado en secta cristiana disidente ha sido autorizado a -- contraer matrimonio civil?. A ambas preguntas trataremos de dar respuesta en la última parte de este trabajo.

Como ya se vió en 1956 se produce un importante cambio legislativo en materia matrimonial.

Analizando esta reforma del 56 DE FUENMAYOR recoge - la opinión vertida por algunos autores a propósito de las posibles modificaciones que había supuesto dicha reforma

---

(274) DIEZ-PICAZO, Luis, Estudios..., cit., pág. 20.

(275) DIEZ-PICAZO, Luis, Estudios..., cit., pág. 20.

(276) DIEZ-PICAZO, Luis, Estudios..., cit., pág. 20.

(277) Vid. DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit, págs. 56 y 57.

en el sistema matrimonial español. Así por ejemplo REYES-MONTERREAL estima que en virtud del Decreto del 56 la prueba del hecho de la acatolicidad corresponde a la Iglesia.- No comparte esta opinión SANCHO REBULLIDA (277).

Las siguientes frases de DE FUENMAYOR resumirían su opinión acerca de la posible influencia del Decreto del 56 en el sistema matrimonial español: "...el Decreto de 26 de octubre de 1956..., ha tomado partido a favor de un criterio intermedio..." (278); cabría preguntarse ahora - que es lo que DE FUENMAYOR entiende por "criterio intermedio"; creemos que se puede decir que "criterio intermedio" para DE FUENMAYOR será aquél que por una parte no obligue a todo bautizado a contraer matrimonio canónico, pero que tampoco autorice al matrimonio a los apostátas, que hagan la declaración de no profesión con motivo del intento de acceder al matrimonio civil (279). Así pues, dos límites - al sistema matrimonial de una parte no se obliga a contraer matrimonio canónico a todo bautizado, y de otra el sistema electivo, entendiendo por electivo aquél que permita el matrimonio civil a los apostatas.

---

(278) DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit., - pág. 58.

(279) "No cabe afirmar ...que el Decreto del 56, con apariencia distinta, admite el sistema de matrimonio civil electivo a través de la apostasía". DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit., pág. 82. -

En el continuo suceder de intentos de clarificar el contenido del artículo 42 del C.c. con fecha de 2 de --- abril de 1957, la Dirección General de los Registros y - del Notariado emite una circular, cuyo contenido <sup>en opinión</sup> de DE - FUENMAYOR, suavizaría el sistema matrimonial español; aun que partidario de una interpretación restrictiva, sin embargo, reconoce la posibilidad de que los apostatas accedan al matrimonio civil (280).

En este mismo año -1957- VELLVE escribe: "...La forma canónica es privilegiada y deben observarla todos los católicos españoles matrimoniantes, por cuando son personas, sujetos titulares de derechos y obligaciones "canónicas"... (281). La mención a las "personas, sujetos titulares de derechos y obligaciones" hace pensar que se refiere a los bautizados (282), es decir identificaria profesión con bautismo. Sin embargo, mas adelante, al analizar el - contenido del Decreto del 56 -del que no señala su ilegalidad- afirma: "Hay en el Decreto una base común para los que pretenden matrimoniar civilmente, a saber: que "para obtenerlo prueben que no profesan la religión católica", -

---

(280) "...para el acceso al matrimonio civil se necesita - evidente apostasía, sin que baste ser indiferente u hostil a la práctica de la Religión; la apostasia de be estimarse supuesto excepcional, y, por tanto, de interpretación y aplicación restrictiva..." DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit., pág. 48.

(281) VELLVE BUENO, Ernesto, Matrimonio..., cit., pág. 535.

(282) "Baptismate homo constituitur in Ecclesia Christi per sona cum omnibus christianorum iuribus et officiis..." canon 87 del C.J.C.

y mas adelante admite, siguiendo la letra del Decreto del 56, el matrimonio civil, en algunos supuestos de bautizados en la Iglesia católica: "...se trata de evitar [en el Decreto de 1956] matrimonios que pudieramos llamar fraudulentos, simulados o ficticios, es decir, matrimonio civil de quienes "realmente" no han dejado de profesar la - religión católica-romana y buscan el matrimonio civil por razones muy distintas a las de una verdadera conciencia - religiosa. Estos tales matrimonios no tienen derecho a usar de la "tolerancia religiosa" que es la ratio legis del art. 42..." (283), pero junto a la admisión de algunos -- bautizados en la Iglesia católica --propiamente católicos-- pone un limite: no <sup>bastara</sup> ~~apartarse~~ con la simple declaración - de no profesar. No considera suficiente prueba de la no - profesión el hecho de acudir al matrimonio civil, y aún - declarar expresamente que ya no se profesa el catolicismo. ¿Es que acaso --pensamos por nuestra parte-- profesa el catolicismo, aquél que en un acto de tal trascendencia como el matrimonio se aparta de la normativa de la Iglesia y además declara formal y expresamente su no profesión?.

No clarifica, aparte de lo antes mencionado, VELLVE - su postura acerca de quienes de entre los súbditos del ordenamiento español, tienen acceso al matrimonio civil al - amparo del 42 del C.c. y del Decreto del 56.

---

(283) VELLVE BUENO, Ernesto, Matrimonio..., cit., pág. 541.

Uno de los autores que con mayor frecuencia y profundidad ha tratado el tema del significado de la expresión - tantas veces referida, es uno de los primeros en adoptar - una postura que podrias llamar "subjetivista" en materia - de profesión religiosa, nos referimos a PEÑA BERNALDO DE QUIROS, quien afirma: "No basta que uno o ambos contrayentes del matrimonio civil esté bautizado [para infringir - el 42 CC]; es necesario que al menos uno de ellos profesara, al tiempo de contraerlo, la religión católica" y sigue más adelante: "...profesar la religión católica indica una actitud de adhesión, de presente, respecto de la misma..." (284). Es decir, junto al hecho de admitir la validez del matrimonio civil, de algunos bautizados en la Iglesia (y - sobre este punto insiste mas adelante al señalar que: ---- "...El precepto [artículo 42 del C.c.] recoge los criterios de la base 3ª de la Ley de Bases del Código Civil; el hecho mismo de que la Santa Sede hiciera reservas al aprobar la citada base, indica que no se imponía el matrimonio canónico a las mismas personas que lo impone el Derecho canónico; es decir, proclama la desarmonía de los ordenamientos canónico y civil..." (285)) PEÑA considera que la profesión de fé no es algo visible a través de un signo externo

---

(284) PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, Los matrimonios..., cit., pág. 260.

(285) PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, Los matrimonios..., págs. 260 y 261.

sino que depende de la propia actitud del sujeto. Salvo -- que se considere que el simple hecho de acudir a contraer matrimonio canónico es suficiente para no profesar la religión católica, esto supondría que la validez, o nulidad, de un matrimonio civil contraído por un católico estaría a expensas de la actitud interna que frente al catolicismo adoptase el contrayente, sin que fuera posible, desde el exterior del propio sujeto, el determinar si aquél matrimonio era válido o no. E incluso sería difícil para el propio bautizado el determinar si su matrimonio era válido, ya que el tampoco tendría un concepto de "profesar la religión católica" idéntico al del Código Civil. Esta solución, tal vez, la más exacta desde el punto de vista -- técnico tiene el inconveniente de una gran inseguridad jurídica.

En 1958 se produce una de las modificaciones legislativas, en materia matrimonial, mas importantes desde la -- promulgación del Código, en efecto como ya se vió son varios los artículos reformados y entre ellos el 42, sin embargo la expresión por nosotros analizada no solo se mantiene, sino que pasa a aparecer dos veces, sin que por -- otra parte se concrete su significado (286). Esta reforma

---

(286) Que la meta que se pretendía, con la reforma, no -- era un profundo cambio, en el sentido de dar mayores facilidades para acceder al matrimonio civil, -- queda demostrado en las palabras que pronunciara el a la sazón, Ministro de Justicia Sr. ITURMENDI, ante las Cortes, el 14 de abril de 1958, con motivo -- de esta reforma: "...el matrimonio civil es subsidiario y solamente autorizable cuando se pruebe que

legislativa produce una reavivación en la polémica doctrinal acerca de los diversos aspectos del sistema matrimonial. Uno de los primeros trabajos aparecidos con posterioridad a la reforma es el titulado: "Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato" de PEREZ MIER (287).

En lo que a nosotros nos interesa en estos momentos - la postura de PEREZ MIER es rotunda, considera "...infundadas las censuras de inexactitud y de impresión técnica que contra la frase "profesar la religión católica" se han elevado..." (288). Por lo tanto, para PEREZ MIER, está claro - su significado, o mejor, está claro cual es el procedimiento que se debe seguir para determinar su significado. Aparece claro para PEREZ MIER que "...al Código Civil pasó literalmente... la base 3ª sin tocarla una tilde; a la base 3ª vino de la fórmula negociada y aprobada por la Santa Sede..." (289). Y del hecho de ser el artículo 42 un precepto concor

---

ninguno de los contrayentes profesa la religión católica..." citado en ESCUDERO ESCORZA, Fernando, Matrimonio..., cit., pág. 141.

(287) PEREZ MIER, Laureano, Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato, "Revista Española de Derecho Canónico", Vol. XIV, núm. 40, enero-abril 1959, págs. 131-214.

(288) PEREZ MIER, Laureano, Matrimonio..., cit., pág. 165.

(289) PEREZ MIER, Laureano, Matrimonio..., cit., pág. 158.



dado, colige nuestro autor que "...Solo con aplicar reglas tan obvias y elementales (290) a la base 3ª juntamente con la fórmula aprobatoria de la 8. Sede, se vienen al suelo - como castillo de naipes las disquisiciones en torno al sentido técnico-jurídico y técnico-teológico de la expresión "los que profesan la religión católica" (291).

---

(290) Se refiere a las siguientes: "Les traités, étant basés sur la bonne foi et la confiance réciproque, -- doivent toujours être interprétés en bonne foi et de manière qu'ils puissent avoir leur effet, c'est-à-dire, atteindie le but que les parties se sont proposé en concluant la convention. Comme le texte même du traité est presumé rendre fidèlement la volonté des parties, si les termes en sont clairs, il faut généralement s'abstenir de toute interprétation, selon -- l'adage du droit romain: Cum in verbis nulla ambiguitas est non debet admitti voluntatis quaestio; les -- mots doivent en être pris dans leur signification -- usuelle plutôt que dans leur sens étymologique ou -- leur acception scientifique. Néanmoins, s'il est avéré que la volonté des parties ne cadre pas de façon parfaite avec le sens obvie d'une disposition convenue, la volonté des parties doit prévaloir. Si le -- texte du traité est obscur ou impléci, il faut, pour en déceler le sens, l'analyser dans son contexte et, -- au besoin, tenir compte de toute d'économie de la convention; car il faut présumer que les parties ont voulu ce qui cadre le mieux avec le but de l'accord. Les circonstances dans lesquelles la convention fut admise ainsi, que les travaux préparatoires à sa utilisation d'ils permettent de mieux saisir l'intention des parties. La volonté des personnes qui ont ratifié -- l'accord, paré qu'elles sont les vrais porte-parole des sociétés contractantes, prévaut sur celle des signataires de la convention. Enfin l'interprétation extensive ou restrictive ne peut jamais être employée -- que pour mieux rendre la volonté des parties" WAGNON, Henri, Concordats et Droit International, Fondement -- élaboration, valeur et cessation du Droit concordataires, Gembloux, 1935, págs. 258 y 259.

(291) PEREZ MIER, Laureano, Matrimonio..., cit., pág. 159.

Y, más adelante, insiste en el método a seguir para dar un significado concreto a la expresión con las siguientes palabras: "...por cualquier parte que tomemos la frase "progresar la Religión", lo mismo en su sentido vulgar o usual y corriente que en sentido jurídico, nos conduce siempre a la misma conclusión... que para su recta interpretación hay que acudir a la voluntad de las partes que la establecieron (292)

Así pues, PEREZ MIER, construye su argumentación sobre dos hipótesis: 1) El sistema matrimonial español es un sistema concordado, y 2) Lo que hay que tratar de descubrir, mediante la interpretación, es la voluntad de las partes en el momento de la consecución del acuerdo.

Ambas afirmaciones, estimamos que son discutibles; la primera lo es porque si bien es cierto que el texto del artículo 42 del C.c. fué sometido a consultas ante la Santa Sede, no es menos cierto que en todo momento los "negociadores", por parte del Estado español tuvieron buen cuidado de dejar absolutamente clara que no se trataba de una negociación formal, similar a la desarrollada para concluir un acuerdo internacional y que por otra parte la Santa Sede tampoco tuvo en ningún momento la intención de elaborar un texto concordado (293). Y con respecto a la segunda afirmación, tampoco es

---

(292) PEREZ MIER, Laureano, Matrimonio..., cit., pág. 166.

(293) "...la fórmula presentada al Papa, ...sigue siendo exclusiva del Gobierno español...el Papa y quede esto bien claro- nunca aprobó, ni avaló con su firma dicha

claro que la única vía de interpretación de la norma es tratar de descubrir la voluntad del legislador (aunque éste sea un colectivo formado por los representantes de los ordenamientos jurídicos primarios), ya que la norma al nacer se desprende del legislador, para pasar a tener la razón de su existencia en si misma y no en la voluntad del legislador pretérito. Pero es que, además, hay que tener en cuenta -aunque se sea de la opinión de que el criterio interpretativo a seguir es el de descubrir la voluntad del legislador- que "...si le texte du traité est obscur ou imprécis -y creemos - que es el caso del artículo 42 del C.c.- il faut, pour en décélérer le sens, l'analyser dans contexte..." (294).

Sin embargo PEREZ MIER considera que no hay ninguna duda a propósito del contenido de la expresión "profesar..."; olvida la voluntad del "colegislador" español y acude a la Santa Sede (295), y deduce que la voluntad de la Santa Sede con

---

fórmula [la de la Base 3ª de la Ley de Bases para el Código civil]", "...no se trató de una nota concordada, en su sentido propio; pero esto, más que al interés en evitarlo del Gobierno liberal, se debió a que Roma se negó rotundamente a concordar..." ESCUDERO ESCORZA, - Fernando, Matrimonio..., cit., págs. 78 y 36.

(294) vid. nota 290.

(295) "...la expresión "los que profesan la religión católica", no parece dudoso que deba buscarse su equivalente en la aprobación pontificia, donde los términos "matrimonio de los católicos" de un lado, y "matrimonio de los heterodoxos" del otro, determinan positivamente el primero y negativamente o por exclusión el segundo, el sentido auténtico de la expresión "los que profesan la religión católica".

Ahora bien, ninguna duda es posible sobre el signi

respecto al concordado sistema matrimonial español es establecer un sistema de matrimonio civil subsidiario (296), pero aún inclinándose por el sistema de matrimonio civil subsidiario, nuestro autor considera que se pueden distinguir diversos sistemas matrimoniales subsidiarios, y a la pregunta: "...¿El absolutamente subsidiario o el relativamente subsidiario?" (297) -

---

ficado que para la Iglesia han tenido y tienen, en el lenguaje usual y corriente y el uno junto al otro, los substantivos católico y heterodoxo.

Así por ej., para designar a los que son actualmente fieles en el sentido de plenamente adheridos a la Iglesia católica y unidos a ella por el triple vínculo de la unidad de fé de régimen y de culto, distinguiéndolos así de los cristianos o bautizados que no son miembros de la misma como de los infieles o no bautizados - se usa el término substantivo "católico"... -- PEREZ MIER, Laureano, Matrimonio..., cit., págs 155 y 156.

(296) "... el matrimonio civil subsidiario se aviene mejor que ningún otro... con la voluntad de las partes..." PEREZ MIER, Laureano, Matrimonio..., cit., pág. 168.

(297) PEREZ MIER, Laureano, Matrimonio..., cit., pág. 168.

responde inclinándose por el relativamente subsidiario, ya que muestra su disconformidad con aquellos autores que sostienen que todo bautizado debe contraer matrimonio canónico (298).

Resumida la opinión de PEREZ MIER sobre la forma de interpretar el 42 del C.c. queda, sin embargo, sin resolver el punto clave para nuestro estudio: ¿Que es "...profesar..."? Creemos que del artículo se puede deducir que la opinión de PEREZ MIER sobre este particular, se inclina hacia una interpretación menos restrictiva que las habituales a la sazón, como se desprende de sus afirmaciones: "confesión religiosa"...- equivale a fé profesada..." "No constituye novedad en el lenguaje jurídico tomar como sinónimo o equivalentes los términos de "religión" y confesión religiosa, "...los términos "religión" y "confesión religiosa"... se refieren a la fe profesada o conjunto de creencias en tanto que para indicar en primer lugar la idea de agragación se usa con más propiedad la palabra "iglesia". "...Nos parece indudable que el término "persona católica y no católica"...es sinónimo del "católico" y "heterodoxo" de LEON XIII en la aprobación de la base 3ª del Código..." y continúa "Si acudimos...al Codex tenemos que la palabra "católico" como término sustan-

---

(298) Vid. PEREZ MIER, Laureano, Matrimonio..., cit., - págs. 180, 194, 196 y 197.

tivo se emplea siempre para designar la persona que - permanece unida a la Religión y a la Iglesia católica por el triple vínculo de la fe, del régimen, y de los sacramentos, o sea con exclusión de los herejes, cismáticos y apóstatas..." (299). Por lo tanto -y es lo más polémico- no estará obligado a contraer matrimonio canónico el apóstata. Respondiendo adelantadamente a - la posible crítica de considerar que el Ordenamiento - canónico no permitiría eso, (lo que representaría una contradicción con el hecho de considerar al ordenamiento canónico -por via concordataria- como el competente para fijar el sistema matrimonial), responde: "... el mismo ordenamiento canónico [admite] simultáneamente como lícita la conducta del legislador que permite contraer matrimonio civil a los apóstatas, y proclama ilicita la conducta del apóstata que contrae civilmente..." (300).

Así pues el autor tantas veces citado, partiendo de una posición que hubiera permitido suponer que consideraría como sistema vigente, en materia matrimonial, aquél que fuera más restrictivo, en cuanto a la posibilidad de contraer matrimonio civil, llega -nos atreveríamos a decir sorprendentemente- a la formulación de

---

(299) PEREZ MIER, Laureano, Matrimonio..., cit, págs.- 164, 165 y 176.

(300) PEREZ MIER, Laureano, Matrimonio..., cit, pág. 206.

una postura que en 1959 podría haber sido considerada como muy avanzada —permítasenos la expresión—

DE FUENMAYOR, al juzgar la reforma del 58 estima que esta "...ha querido consagrar entre nosotros un — sistema de matrimonio civil supletorio o subsidiario..." que el "...sistema actual [de 1958] de España [es] de matrimonio civil supletorio... (301).

Es curioso constatar que, en la misma obra en la que, páginas mas atrás indica taxativamente que: "... mientras se conserve como eje del sistema la tan discutida frase [profesar...] ha de existir un exegesis del art. 42 por via administrativa [y que]... la norma reglamentaria, por su misma naturaleza, podrá — modificarse por la autoridad civil sin reformar el texto del art. 42" y que "...la expresión legal admite varias y aún opuestas significaciones..." (302), sostenga páginas más adelante y refiriéndose a la modificación legislativa del 58 que "la reforma ha llevado a consagrar con trazo enérgico...el sistema de matrimonio civil supletorio o subsidiario, evitando el peligro de —

---

(301) DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit, págs. 79, 80 y 138.

(302) DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit, págs, 56, 57 y 58.

que se convierta de hecho en facultativo, como había ocurrido en virtud de la Real Orden de 27 de agosto de 1906, al mandar que no se exigiera a los que pretendan contraer matrimonio civil "declaración alguna relativa a la religión" que profesan" (303). Si la -- Real Orden de 1906 establecía un sistema facultativo apoyándose en una interpretación amplia del concepto de "no profesión", si una interpretación por vía administrativa no es sólo posible sino conveniente, si el término "profesar..." puede tener cualquier significado; mientras el término "profesar..." permanezca en el 42 C.c. -y después de la reforma del 58, no sólo permanece sino que aparece dos veces en buena lógica el sistema matrimonial español podrá ser, a voluntad del ejecutivo, subsidiario, facultativo o de cualquiera de sus formas intermedias, suponiendo que estas existan.

Para concluir en el análisis de los que DE FUENMAYOR estima que significa el término "profesar..." en 1959, reproduciremos textualmente sus palabras más claras al respecto:

"En líneas generales, puede decirse que tiene acceso al matrimonio civil, de acuerdo con el nuevo art.

---

(303) DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit., pág. 98.



42, los siguientes sujetos:

a) Los que son súbditos de la Iglesia católica, es decir, los infieles en sentido estricto, si contraen entre sí.

b) Los súbditos de la Iglesia exentos de la forma canónica,,si contraen entre si o con persona infiel.

c) Algunos súbditos de la Iglesia católica no -- exentos de la forma canónica si contraen entre sí o -- con persona comprendida en los dos apartados anteriores...

...La excepción se concede solo a los católicos incursos en el delito canónico de apostasía: a estos se concede y a nadie más..." (304).

Así pues profesar la religión católica significaría: 1º Estar bautizado, 2º Estar bautizado en la Iglesia católica y 3º No estar incurso en el delito de apostasia.

Así pues, y en definitiva, DE FUENMAYOR traslada -- el problema. Es evidente que las dificultades que plen-- tean los dos primeros puntos (estar bautizados y estar

---

(304) DE FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit., págs. 60 y 63.

lo en la Iglesia católica, o, más bien, no estar bautizado o no estarlo en la Iglesia Católica) no serán conceptuales -su significado es claro-, sino simplemente de prueba, con todas las dificultades que se quiera, pero se sabrá que es lo que se debe probar.

Sin embargo el determinar que es ser apóstata plantea graves dificultades; o bien se estima -y creo que es la postura de DE FUENMAYOR- que el ordenamiento español se remite al canónico en este punto, y por lo tanto habrá que acudir a aquél ordenamiento para delimitar el alcance de la expresión; o, por el contrario, se considera que no hay tal remisión y que el ordenamiento -español es plenamente competente para determinar el significado del término apóstata. De adoptarse la primera postura el problema se traslada del ordenamiento civil al canónico, de adoptarse la segunda el problema -deja de ser el responder a ¿Que es no profesar la religión católica?, para pasar a ser el responder a ¿que es ser apóstata?.

De que el problema sigue en pie son buena prueba -las siguientes palabras de REGATILLO -de las que se puede deducir, por otra parte, que en su opinión no se produce la remisión mencionada-: "...nos acuciaba el ansia de ver resuelto el problema del matrimonio de los apóstatas de la fé católica. La solución de este problema

está ya dada en las últimas disposiciones civiles; pero no quedan disipadas todas las dudas" (305).

Otro autor mas que hace equivaler el término -- "no profesar...", con el término "apostata" es ESCUDERO (306). Pero va más lejos y precisa --trata de precisar-- su contenido: "...quedan incluidos todos aquellos que abandonaron la Fé Católica" (307); y decimos "trata de precisar" puesto que en realidad esta concreción es reconducible a la solución adoptada por DE FUENMAYOR, reproduciéndose, pues, los problemas allí planteados.

Sin embargo, ESCUDERO no deja en este punto la -- cuestión, mas adelante señala que el matrimonio canónico no es obligatorio para todo "cristiano" (308), pero que si lo es para todo "católico" (309), de lo cual se podría deducir que para ESCUDERO "profesar..." es -- igual a estar bautizado en la Iglesia católica; pero,

---

(305) REGATILLO, Eduardo, F, en su Presentación a ESCUDERO ESCORZA, Fernando, Matrimonio..., cit., - pág. IX.

(306) "Los apóstatas...por el art. 42 son libres para contraer [matrimonio] en forma civil..." ESCUDERO ESCORZA, Fernando, Matrimonio... cit., pág. 4.

(307) ESCUDERO ESCORZA, Fernando, Matrimonio..., cit., nota 1 de la pág. 3.

(308) Vid. ESCUDERO ESCORZA, Fernando, Matrimonio..., - cit., nota 15 de la pág. 90.

(309) Vid. ESCUDERO ESCORZA, Fernando, Matrimonio..., - cit., pág. 91.

pocas páginas más adelante afirma: "Para nosotros... es claro que, según este artículo 42, aquellas personas que, incluso bautizadas en la Iglesia Católica, no profesan la Religión Católica (i.e., son heterodoxos) pueden atenerse a la forma civil en el matrômonio" (310). Así pues, hay bautizados en la Iglesia católica que no están obligados a contraer matrimonio canónico, y ¿en que casos se produce esto?, cuando el interesado "no profesa la religión católica".

Más adelante señala que no es suficiente prueba de no profesión el hecho de acudir a contraer matrimonio civil, y, además, que se puede profesar la Reli---gión católica sin cumplir las obligaciones de católi---co (311).

Reconoce ESCUDERO que "...el vocablo..."profesar" admite una gama ilimitada de interpretaciones. "desde la objetiva de ser súbdito de la Iglesia Católica, hasta la subjetiva de adhesión a su credo; desde la juri-

---

(310) ESCUDERO ESCORZA, Fernando, Matrimonio..., cit., pág. 98.

(311) "...el solicitar un catálogo matrimonio civil, - no constituye prueba alguna de no profesar la Religión Católica, pues es muy frecuente profesarla sin cumplir las obligaciones que ella impone" ESCUDERO ESCORZA, Fernando, Matrimonio..., cit., pág. 99.

dica de hallarse comprendido en el canon 1099, hasta la fáctica de cumplir o no con los mandamientos de la Iglesia" (312). De que se adopte una u otra postura, o cualquiera de las posibles intermedias, dependerá -- muy principalmente, el porcentaje de distribución de los españoles en esos dos grupos: los que tienen y -- los que no tienen acceso al matrimonio civil. Pero -- ¿hacia cual de las posibles soluciones se decanta la opinión de nuestro autor?, su postura, ya señalada, -- en parte, con anterioridad, creo que queda absoluta-- mente clara con estas afirmaciones: "Podrá admitirse... el acto [matrimonio] civil conforme al Código español a quienes "tempore non suspecto", sin miras al matri-- monio, se declararon oficialmente ateos o sin religión alguna.

Igualmente admitiríamos a otros que no en documen-- to oficial sino en su comportamiento público, bien sea en actos o escritos dados a la publicidad, como en la cátedra, discursos, libros publicados, "tempore non -- suspecto", sin miras al matrimonio civil, hicieron pro-- fesión de ateísmo, o de no profesar la Religión católi-- ca; y en esa profesión persisten.

Por el contrario, juzgamos no debe admitirse el matrimonio civil a los apóstatas circunstanciales que,

---

(312) ESCUDERO ESCORZA, Fernando, Matrimonio..., cit., pág. 176.

con miras al matrimonio, hacen la profesión de acatolicidad; y esto, aún suponiendo que se trata de auténtica apostasía y no solo simulada..." (313), y mas -- adelante insiste: "...Por ley civil española quedan autorizados a elegir la forma civil en el matrimonio todos aquellos apóstatas auténticos (entiéndase también herejes y cismáticos),-figuren o no afiliados a una secta acatólica-, que prueben por los medios admitidos en Derecho no profesar la Religión Católica independientemente de la solicitud de matrimonio.

...En nuestro sentir, podrán en España intentar la forma civil de matrimonio todos aquellos que en documento oficial, o en actos o escritos públicos "tempore non suspecto", sin miras al matrimonio civil, hicieron profesión de acatolicismo o ateismo y en esta profesión persisten.

...No parece pueda admitirse al matrimonio civil a los apóstatas circunstanciales que con miras al matrimonio hacen la profesión de acatolicidad" (314).

Así pues, para ESCUDERO basta con la declaración

---

(313) ESCUDERO ESCORZA, Fernando, Matrimonio..., cit., págs. 179 y 180.

(314) ESCUDERO ESCORZA, Fernando, Matrimonio..., cit., págs. 205 y 206.

de no profesión, para que se pueda contraer matrimonio civil. Dos precisiones creo que son necesarias: 1) No basta con cualquier profesión de acatolicidad, una sola condición se exige: que no sea hecha con motivo del matrimonio. Resulta difícil imaginar que algún español salvo excepciones, profese o no efectivamente la Religión Católica, lo declare si no es con motivo del matrimonio. Los propios ejemplos aducidos por el autor - la cátedra, discursos, libros publicados, creo que son la mejor prueba de la excepcionalidad de dicho supuesto; ¿cuantos españoles publican libros en los que sea necesario mencionar el credo religioso del autor, pronuncian discursos en los que se aluda a la profesión religiosa y poseen cátedras de disciplinas en las que tal especificación sea necesaria?. Creemos que con el requisito de "tempore non suspecto" lo que aparece como una posibilidad de contraer matrimonio civil queda reducido a un privilegio para un reducidísimo grupo - y 2) Esta interpretación no la deduce, el autor, del texto del artículo 42, sino de disposiciones administrativas y de Resoluciones de la D.G.R. y N. Por lo tanto el autor es perfectamente encuadrable entre aquellos que consideran: a) Que el término "profesar..." no tiene un significado concreto y b) Que la concreción de su significado es misión de la Administración Pública española, y ello aún a pesar de que "...se trata de un artículo procedido de una negociación oficiosa

y semioficial con la Santa Sede..." (315).

En el prólogo de la obra hasta aquí analizada - el profesor LOMBARDIA (316) afirma: "...nuestro sistema matrimonial [tiene] un aire de inevitable complejidad, ante la necesidad de huir tanto del matrimonio civil facultativo, fórmula contraria al principio de la confesionalidad, como del matrimonio canónico civilmente obligatorio (incluso en caso de apostasía), solución inviable en la práctica por las legítimas exigencias de la tolerancia" (317)...Si bien dentro de la inconcreción que tal afirmación supone, no era este el lugar para tratar tan complejo problema, si nos permite situar la opinión de tan eminente canonista, entre aquellas que en 1964 cabría calificar de intermedias. No cree que esté obligado al matrimonio canónico el apóstata (si bien no especifica que se debe de entender por tal), pero tampoco se inclina por un sistema que permita plena libertad para

---

(315) ESCUDERO ESCORZA, Fernando, Matrimonio..., cit., pág. 97.

(316) Este prólogo puede encontrarse en LOMBARDIA, Pedro, Escritos de Derecho Canónico, II, Pamplona, 1973, págs. 145-149. A tal edición irá referida nuestra cita.

(317) LOMBARDIA, Pedro, Escritos..., cit., II, pág. 147.



contraer matrimonio civil.

En un comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1965, PEÑA mantiene, aún a pesar de las modificaciones legislativas, doctrinales, jurisprudenciales y administrativas, una postura muy similar a la que mantenía diez años antes. Se opone con fuerza a las facilidades dadas para conceder la nulidad de matrimonios civiles apoyándose en el hecho de que alguno de los contrayentes profesaba la religión católica en el momento de celebrarse el matrimonio, citando como ejemplo la S.T.S. de 21 de octubre de 1959. Mantiene una postura que en su momento calificamos de subjetivista, en efecto, así lo demuestra la siguiente afirmación: "En ningún caso debe admitirse fácilmente la nulidad invocando el catolicismo del contrayente. El propio matrimonio civil es un indicio muy fuerte de su desafección a la Religión católica..." (318). Su postura creemos que cabe resumirla en dos puntos: 1) El Código Civil está por encima de las disposiciones administrativas. La calificación del sistema matrimonial no puede estar a expensas de lo que decida en cada momento el Ministerio de Justicia. Extremos estos en los que estamos absolutamente de acuerdo y 2) El término "profesar..." tiene que tener un sig-

---

(318) PENA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, Matrimonio..., - cit., pág. 892.

nificado en sí mismo. Este punto no nos parece tan obvio, como pretendemos demostrar en otro lugar.

En un comentario a una Resolución de la D.G.R. y N. (y la frecuencia con que estas son comentadas es buena prueba de la importancia que la doctrina ha dado, y sigue dando, a la D.G.R. y N. en materia matrimonial. Y aunque es un hecho indiscutible que la importancia en la práctica de dichas Resoluciones ha sido elevadísima; creemos que no se ha analizado con el suficiente detenimiento el problema que puede plantear en la jerarquía de fuentes el dar tal importancia a las Resoluciones de la D.G.R. y N.), LOPEZ ALARCON -- vuelve a enfrentarse con el problema de dar un contenido al tan repetido término (319). Recordemos que en una época -1955- en la que, vigente la Orden del 41,-- se pretendía identificar el término profesar con el simple hecho de estar bautizado, LOPEZ ALARCON alzó su voz contra tal interpretación por una doble vía: a) La posible ilegalidad del Orden del 41 y 2) La inexactitud de la pretendida identidad entre el bautismo y la profesión.

---

(319) Existen dos ediciones idénticas, aunque con distinto título. La primera: "LOPEZ ALARCON, Mariano Consultas gubernativas en el matrimonio civil por causa de obstáculo legal de profesión de la religión católica. (Notas a la Resolución de la D.G.R. de 27 de junio de 1972)." "Anales de la Universidad de Murcia", Volumen XXX, Núm. 1-2, Derecho, - Curso 1971-72, págs. 157-172. La segunda: LOPEZ ALARCON, Mariano, Matrimonio..., cit., Nuestras citas a partir de ahora irán referidas a la primera.

Transcurridos 17 años LOPEZ ALARCON recuerda cual era la actitud de la D.G.R. y N. y en general de la doctrina, en anteriores periodos (320), la situación ha cambiado y ha cambiado en el sentido que apuntaba él mismo tiempo atrás. Toda una serie de cambios en todos los planos y por su puesto también en el legal habian ocurrido desde 1955, algunos de ellos ya comentados por otros autores, otros aún no, nos referimos fundamentalmente a la Ley de Libertad Religiosa (321) y a la Reforma del Reglamento del Registro Civil de 22 de mayo de 1969. El comentario sobre ellos de LOPEZ ALARCON, es el siguiente: "Los retoques que se han introducido en nuestro sistema matrimonial por la L.L.R.

---

(320) "La DGR venia exigiendo rigurosamente la prueba de la no profesión de la Religión católica, tanto al tener que interpretar la O. de 10 de Marzo de 1941 como el Decreto de 26 de Octubre de 1956... LOPEZ ALARCON, Mariano, Consultas..., cit., pág., 160.

(321) "...toda... [la] materia de las relaciones entre el matrimonio canónico y el matrimonio civil, que hoy se rigen por el artículo 42 del C.c. y por las disposiciones complementarias de dicho precepto legal, deben entenderse modificadas después de la reforma introducida en el Fuero de los Españoles por la Ley Orgánica del Estado y después de dictada la Ley sobre Derecho Civil de Libertad Religiosa". DIEZ-PICAZO, Luis, Estudios ..., cit., pág. 26.

y por el Decreto de 22 de mayo de 1969, si bien no han truncado su base de subsidiariedad del matrimonio civil, si han descargado a la fase preparatoria de éste de las obstrucciones que producian las consultas y ambigüedades probatorias de la no profesión..." (322). Para LOPEZ ALARCON sigue siendo, pues, un sistema de matrimonio civil subsidiario -por lo tanto sin plena libertad para acudir al matrimonio civil- pero sin embargo con mayores facilidades para contraer matrimonio civil, aunque estas facilidades sean procesales y no materiales.

La opinión de ESPIN sobre los cambios legislativos no es la misma, con respecto al Decreto del 69 escribe: "...no resulta...claro...que pueda seguirse calificando de sistema de matrimonio civil subsidiario al regulado por nuestro Código civil..." (323).

Del hecho de que dos autores, LOPEZ ALARCON y ESPIN, comentando los mismos textos legales y son tan solo un año, de diferencia (por lo tanto sin la suficiente distancia temporal como para que los datos permitan el señalar cual ha sido la decadencia en la práctica del sistema matrimonial), adopten pos

---

(322) LOPEZ ALARCON, Mariano, Consultas..., cit., - pág. 165.

(323) ESPIN, Diego, Manual..., cit., Vol. IV pág. 33.

turas distintas acerca de si el matrimonio civil es o no subsidiario, no se puede derivar automáticamente la consecuencia de que mantienen posturas contrarias en cuanto a quien puede contraer matrimonio civil; tal vez se trate solamente de que bajo un mismo nombre: "subsidiariedad" se recogen conceptos -- distintos. Ya que ESPIN, quien como hemos visto manifiesta sus dudas acerca de la subsidiariedad del sistema, sin embargo considera que: "[La] Forma - canónica [es] obligatoria para todos los católicos, aún cuando casue, con acatólicos, permitiendo el matrimonio civil solo entre acatólicos..." (324), que "La Ley de libertad religiosa incide en el tema del sistema matrimonial español al poner de relieve el carácter necesario del matrimonio civil para los no católicos..." (325) y que: "...el sistema vigente - hace depender la no profesión de la fé católica, como requisito exigido por el art. 42 para poder celebrarse el matrimonio civil de los bautizados (o convertidos), de una declaración formal de apostasia - o abandono de dicha religión..." (326). ¿No es aca-

---

(324) ESPIN, Diego, Manual..., cit., Vol. IV pág. 30.

(325) ESPIN, Diego, Manual..., cit., Vol. IV pág.31.

(326) ESPIN, Diego, Manual..., cit., Vol. IV pág. 82.

so esto un sistema de matrimonio civil subsidiario?  
(327).

De la última idea creemos que se puede deducir cual es el concepto que, a la publicación de su obra, tiene ESPIN sobre el significado del término "profesar...". Profesarán los bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella que no hallan hecho declaración alguna formal de apostasia o abandono del catolicismo.

En ese mismo año y de la pluma también de un civilista (328) encontramos una postura que podría ser calificada de intermedia con respecto a las adoptadas por los autores anteriores, considera que el sistema matrimonial, si bien en teoría es subsidiario en la práctica, o bien este carácter está muy debilitado (329), o bien se ha tornado en facultativo (330).

---

(327) Recordemos que para ESPIN estaremos ante un sistema de matrimonio civil subsidiario cuando deban "...contraer el matrimonio según la Religión reconocida por el Estado los que la profesen..." ESPIN, Diego, Manual..., cit., Vol. IV pág. 22.

(328) ARECHEDERRA, Luis, Formas..., cit.

(329) "...la inspiración supletoria acerca del matrimonio civil queda con esta reforma [del R.R.C. de 1969] muy debilitada..." ARECHEDERRA, Luis, Formas..., cit., pág. 1238.

(330) "...el entendimiento administrativo del concepto de "no profesión" a efectos de contraer ma--

Esta disociación entre el sistema vigente de Derecho y el eficaz de hecho, es señalada repetidas veces por este autor, pero este es tema que ser objeto de análisis detenido más adelante. A la pregunta ¿Que es profesar?, creemos que ARECHEDERRA contestaría de una forma similar a cualquiera de los autores anteriores, ya que no muestra su disconformidad con la "ilegal" interpretación administrativa de la "legalidad"-vigente, El empleo de la frase: "...el matrimonio canónico [es] obligatorio para el bautizado..." (331), creo que en su contexto no puede ser interpretada literalmente.

La misma posición es mantenida por ALBADALEJO con respecto al sistema matrimonial vigente en España (332), con respecto al tema clave por nosotros planteado, cabría decir que en principio adopta la postura más extrema en el sentido de que a la pregunta ¿Que es "profesar..."?, contesta: nada. (333); sin embargo esta i-

---

trimonio civil en España, va siguiendo una evolución que permite hablar de un sistema facultativo vigente, no reconocido legalmente, pero eficaz en la práctica" ARECHEDERRA, Luis, Formas..., cit., Pág. 1242.

(331) ARECHEDERRA, Luis, Formas..., cit., pág., 1242.

(332) Vid. ALBADALEJO, Manuel, Manual..., cit., págs. 32 y 43.

(333) "Hoy en día esta demostración es bien sencilla - y realmente no hay que demostrar nada..." ALBADALEJO, Manuel, Manual..., cit., págs. 42 y 43.

nicial apreciación se desvanece inmediatamente con su afirmación: "...es suficiente [para contraer matrimonio civil] con que el interesado afirma no ser católico..." (334), así pues, no profesa la religión católica aquél que declare no profesarla.

En una tesis doctoral que hemos analizado detenidamente con anterioridad (335), necesariamente se toca el tema, aunque solo sea tangencialmente. No responde a la pregunta con claridad pero sin embargo considera que la reforma del artículo 245 del RRC introduce un sistema facultativo, contra lo que pretende establecer el 42 del C.c. (336).

Uno de los autores que mayor atención han dedicado a los temas de Derecho Eclesiástico Español, nos -

---

(334) ALBADALEJO, Manuel, Manual..., cit., pág. 43.

(335) Aparece en primer lugar un folleto: BARCIA MARTIN, Luciano, Problemática del artículo 42 C.c. en relación con el Derecho Natural de libertad civil en materia religiosa. Extracto de Tesis Doctoral, Santiago de Compostela, 1974. Más tarde aparece, aparece bajo forma de libro, una versión más amplia: BARCIA MARTIN, Luciano, Matrimonio... cit., Nuestras citas, a partir de ahora, irán referidas al folleto.

(336) Vid. BARCIA MARTIN, Luciano, Problemática..., cit, pág. 13.



referimos a BERNARDEZ, adopta una postura, que es la general, como creemos que hemos demostrado, en la reciente doctrina, al señalar la separación entre el sistema establecido por el 42 del C.c. y el seguido en la práctica. En su más reciente análisis del tema por el momento, al afirmar: "Se establece [con el artículo 42 del C.C.]...un sistema de matrimonio civil subsidiario, caracterizado por... [que] el matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando procedente sea según el Derecho canónico... El matrimonio civil está supeditado a que ninguno de los contrayentes profese la religión católica y su celebración está condicionada a la prueba de acatolicidad de ambos contrayentes.

...[la reforma del artículo 245 del R.R.C.] convierte al sistema matrimonial español, en la práctica en una modalidad atenuada del matrimonio civil subsidiario que, por lo que respecta a los católicos disidentes, se acerca a la del matrimonio civil facultativo" (337).

Así pues, a nuestra pregunta, tantas veces repetida, responde el artículo 42 -según BERNARDEZ- que es el ordenamiento canónico quien debe decidir, pero

---

(337) CATEDRATICOS DE DERECHO CANONICO DE UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS, Derecho Canónico, cit., 1ª edición, págs. 434 y 435.

en la práctica ese precepto no se cumple.

En fecha también reciente y en un artículo repetidamente citado DE LA HERA afirma que "...los españoles [hoy] son civilmente libres para acudir al matrimonio canónico o al civil, sin ningún requisito previo que condicione su elección. Puede decirse que el Estado les obliga a elegir el matrimonio canónico si son católicos; pero es que ellos si son católicos, no elegirán otro matrimonio, y si lo eligen, es que han dejado de ser católicos" (338), Se inclina así DE LA HERA por la postura que ya hemos encontrado en otros autores y que hemos calificado de subjetivistas: profesar la religión católica es ser católico, y ser católico -para el ordenamiento español- es, además de cumplir todos los requisitos que exija el ordenamiento canónico (básicamente estar bautizado y no haber sido separado formalmente de la iglesia), querer serlo.

De esa voluntad de querer serlo no católico, o lo que sería lo mismo -de seguir la opinión de este sector doctrinal-, de querer contraer matrimonio canónico o quererlo contraer civil, dependerá el que el ordenamiento jurídico español permita el acceso al matrimonio

---

(338) DE LA HERA, Alberto, Matrimonio civil..., cit., -pág. 678.

civil o no lo permita. Esto sería lo que conformaría, en opinión de la práctica totalidad de la doctrina, - un sistema matrimonial como plenamente facultativo, - nuestra opinión sobre tal calificativo quedó expuesta en otro lugar.

Uno de los análisis más recientes acerca de la - jurisprudencia sobre sistema matrimonial es el de --- ARECHEDERRA (339), autor que ya conocemos de trabajos anteriores. En este trabajo parece que ARECHEDERRA se inclina por una solución que ya hemos encontrado en - otros autores: profesar no significa nada en el actual sistema, al menos así se desprende de la siguiente -- afirmación: "...En un sistema prácticamente faculta-- tivo el criterio formal vuelve a cobrar todo su rigor, porque es el único con capacidad de mostrar sin equi- vocos la opción realizada, clave ahora del sistema ma- trimonial, una vez de la profesión o no profesión cla- ve del anterior sistema de matrimonio civil subsidia-- rio. Ahora la posible validez canónica del matrimonio civil es relevante en su ámbito: el religioso. No en el estatal, puesto que es innecesario: el matrimonio civil alcanza, claro está, efectos civiles..." (340).

---

(339) ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, El sistema - matrimonial español y la jurisprudencia del Tri- bunal Supremo, "Anuario de Derecho Civil", Tomo XXIX, Fascículo III, julio-septiembre MCMLXXVI, - págs. 941-965.

(340) ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, El sistema..., cit., pág. 955.

La idea, creo, es que hay matrimonio civil y matrimonio canónico, que matrimonio civil será aquel que se contrae en forma canónica, y no será ningún inconveniente para acceder al matrimonio civil el hecho de profesar la religión católica, sencillamente porque profesar la religión católica no significa nada. Por eso, es partidario de suprimir dicho término del 42 -- del C.c. (341), ya que su presencia no supone otra -- cosa que "...el inconveniente de mantener una exegesis artificiosa y unos requisitos o diligencias poco serias..." (342).

Sin embargo en otro lugar del citado artículo parece inclinarse por el criterio "subjetivista" (343) -- Sea ésta o aquella la posición adoptada los efectos -- prácticos serán los mismos: podrá contraer matrimonio civil todo aquél que quiera, podrá contraerlo canónico todo aquél a quien se lo permita la Iglesia.

Vamos a tratar de cerrar nuestro recorrido por -- la doctrina de las últimas cuatro décadas con dos de --

---

(341) Vid. ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, El sistema..., cit., pág. 965.

(342) ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, El sistema..., cit., pág. 965.

(343) "...El sistema facultativo no prescinde de la -- profesión religiosa de sus súbditos: ocurre que la presupone en la opción realizada..." ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, El sistema..., cit., pág. 965.

los trabajos más recientes dedicados al tema (344).-

En este autor, al igual que en ARECHEDERRA, encontramos por una parte la manifestación de que el término profesar prácticamente no significa nada (345), y de otra parte que el profesar o no depende de la conducta del individuo (346). No negamos, ya lo hemos

- 
- (344) Ambos son de DIEZ DEL CORRAL, autor que conoce de primera mano el tema aquí analizado, en razón de su calidad de Letrado de la D.G.R. y N. Tales trabajos son: DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús, El matrimonio civil en España, hoy, en "Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro", I, Madrid, 1975, págs 539-565, y DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús, Nulidad de matrimonio civil celebrado en el extranjero por la condición de católico del contrayente español. (Notas a las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1974, 25 de septiembre de 1974 y 11 de marzo de 1975), "Anuario de Derecho Civil", Tomo XXIX, Fascículo III, julio-septiembre MCMLXXVI, págs., 915-940.
- (345) "Es cierto que teóricamente y por imperio del art. 42 del Código Civil, la acatolicidad de ambos contrayentes sigue siendo un requisito imprescindible para la celebración del matrimonio civil, configurado así como supletorio del canónico, pero cuando la acatolicidad puede probarse tan fácilmente como ocurre actualmente, prácticamente el sistema es el mismo que si no se exigiera a los interesados manifestación alguna de sus creencias religiosas". DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús, El matrimonio..., cit., pág. 544.
- (346) "...lo fundamental...es...la conducta que denota la no profesión del interesado...", "...la no profesión se deduce de la conducta del interesado", "...el solo hecho de contraer matrimonio civil es un fuerte indicio -una presunción casi invencible -de que los contrayentes no profesaban entonces la Religión católica", "...El solo hecho de contraer matrimonio civil envuelve una presunción, casi invencible, de que los contrayentes no profesaban la religión católica", o mas extensamente: "...La vinculación religiosa efectiva es algo que pertenece al fuero íntimo de la con-

dicho, que los efectos prácticos son los mismos, que el término "profesar..." no signifique nada -o, mas sencillamente, que no figure en el artículo 42 del - C.c.- y que la simple declaración de no profesar basta para que se considere que no se profesa, no facilita o dificulta mas el acceso al matrimonio civil.- Pero, sin embargo, si creea que hay una diferencia de que se adopte una u otra solución, la permanencia del término y el hecho de que se exija una declaración expresa de no profesión significa que estamos ante un - sistema confesional, su supresión -ora fisica, ora por que carezca de significado, significa que el sistema - se aproxima a uno laico. O, si se prefiere, de adaptarse la primera solución nos encontraremos ante un --

---

ciencia y que sólo puede desvelar la propia persona. En mi opinión, el cumplir o no las prácticas y obligaciones de alguna religión, el hecho de estar adscrito a determinada confesión, la -- comunicación oficial de su abandono y otros medios que pudieran añadirse no son sino pruebas - indiciarias de la convicción íntima del individuo, que pueden no responder a la realidad, y que en todo caso han de ceder ante la declaración solemne del mismo..." y, de forma concluyente, "...la profesión de cierta religión sólo la conoce en - rigor el propio interesado y solo su manifestación puede justificarla". DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús, Nulidad..., cit., págs. 934, 922 y 940, - y El matrimonio..., cit., págs. 561, 542 y 543, - respectivamente.

sistema de matrimonio civil subsidiario (347), de -  
adoptarse la segunda ante uno facultativo.

Y ello, aunque es perfectamente lógico que ---  
"...Si la declaración de la religión que se profesa  
se viene exigiendo en algunos países, sin escándalo  
de nadie, para determinar la cuantía y el destino -  
del impuesto de culto, no se nos alcanza el motivo  
por el que hay que rasgarse las vestiduras cuando -  
esta declaración se impone como paso previo para la  
celebración del matrimonio..." (348). Pero es que, -  
a nosotros tampoco se nos alcanza el motivo por el -  
que hay que rasgarse las vestiduras a causa de que -  
el sistema matrimonial español sea de matrimonio ci-  
vil subsidiario, o por que hay que rasgárselas con -  
mayor vehemencia que si este es de matrimonio civil  
facultativo.

---

(347) En el sistema matrimonial español se es cató-  
lico o no se es católico. El católico, por --  
serlo, debe contraer matrimonio, canónico, el  
no católico debe declararlo, obrar en conse--  
cuencia y contraer matrimonio civil...", DIEZ  
DEL CORRAL RIVAS, Jesús, El matrimonio..., cit,  
pág. 557.

(348) DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús, El matrimonio...,  
cit., pág. 558.

b - Calificación del sistema matrimonial en la práctica.

No es la pretensión de esta tesis el determinar a quien en la práctica se le ha dejado contraer matrimonio civil.

Sin embargo, la descripción teórica del sistema matrimonial que se realizará en el Capítulo IV, es solamente eso: mera teoría.

Pretendemos en éste epígrafe descubrir, sucintamente, el sistema vigente en la práctica. El Derecho eficaz, aunque no sea legal.

Sólo un análisis estadístico de los diversos matrimonios celebrados en España en los últimos cuarenta años permitirá definir exactamente el sistema matrimonial vigente en cada momento. Es un trabajo que está por hacer, pero que no tendría su emplazamiento adecuado en la presente tesis. No obstante los elementos recogidos en el primer epígrafe de este apartado permitirán delinear, vagamente, el sistema vigente y en cada momento su evolución.

Las disposiciones administrativas y normas legislativas marcan básicamente el sistema que no obstante se vé influido con cierta fuerza por las Resoluciones



de la D.G.R. y N. Las opiniones doctrinales nos permitirán descubrir el "ambiente general" en cada época.

Cuatro grandes etapas, con características no siempre definidas, constituyen la historia contemporánea del sistema matrimonial.

- 1- Desde 1936 a 1938
- 2- Desde 1938 hasta 1941
- 3- Desde 1941 hasta mediados de los años 50
- 4- Desde tal momento hasta nuestros días.

Creemos que en la primera etapa se continua aplicando la ley de Matrimonio Civil, mantenemos tal opinión por dos motivos: 1º No hay una norma expresa de derogación hasta 1938 y 2º La Orden de 3 de noviembre de 1936 ya citada alude únicamente al artículo 86 del C.C. (incluido en el capítulo sobre el matrimonio civil). No obstante estimamos, y es una mera hipótesis, que fué aplicada con cierta laxitud, Estimamos que se celebraron matrimonios canónicos, no acompañados de matrimonios civiles, sin dificultades; la no alusión, de la primera doctrina postbélica, a prohibiciones de matrimonios canónicos, así lo permite suponer.

No obstante, la obscuridad legislativa de tal -

etapa es casi absoluta, la peculiaridad de dos legisladores en un mismo territorio nacional, cuya legalidad sólo se determinaría "a posteriori" (el que resultase vencedor en la contienda militar sería el que habrá legislado "legalmente"), no permitía una mayor claridad. Consideramos que cualquier construcción de investigación jurídica del matrimonio en España tiene que tener un espacio en blanco desde el 18 de julio de 1936 hasta el 12 de marzo de 1938.

La segunda etapa sería básicamente de un sistema matrimonial mixto, tal vez muy similar a la establecida con las primeras interpretaciones del art. 42 del Código Civil.

Esta segunda etapa se cerraría con la Orden de 1941; orden que pretende establecer un sistema de matrimonio religioso obligatorio; algunas críticas doctrinales que sin duda no eran otra cosa que un reflejo de un rechazo social, motivó una progresiva debilitación en su aplicación, aún antes de ser derogada formalmente, el punto de inflexión como ya se señaló, vendría dado por la Resolución de la D.G.R. y N. de 17 de diciembre de 1954; algunos pasos atrás y adelante impiden situar un término final exacto de tal periodo.

La cuarta etapa, que llega hasta nuestros días -

es menos rígida. Es menos rígida en el sentido de - que hay una continua evolución hacia fórmulas facilitadoras del acceso al matrimonio civil.

Su fecha de inicio es incierta: algunos la fijan en el concordato de 1953 (ya hemos señalado nuestro desacuerdo); otros en el Decreto de 1956; arriba hemos mencionado como posible fecha clave la Resolución de la D.G.R. y N. de 17 de diciembre de 1954,

Sabemos que la anterior periodificación puede -- tener notables inexactitudes, que es meramente subjetiva, Cualquier periodificación de la actitud del poder político -y él está subyacente en todo momento- - con respecto a una institución como el matrimonio, necesariamente lo es. Pero había que hacerla, aún con - el riesgo -del que somos conscientes- de cometer errores.



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5328687576

TE

1829

III - EL TRIBUNAL SUPREMO COMO UNICO ORGANO COMPETENTE PARA  
INTERPRETAR EL ARTICULO 42 DEL CODIGO CIVIL.



BIBLIOTECA  
DE DERECHO

La pretensión última de esta tesis es determinar - cual ha sido el significado que el Tribunal Supremo ha dado al concepto de "profesión" empleado en el artículo 42 de nuestro Código civil, como elemento clave para de terminar quien tiene acceso al matrimonio civil.

La pretensión de este breve capítulo es aproximar- nos a la determinación de la importancia del T.S. en -- nuestro sistema jurídico. Del extraordinario relieve -- del T.S. en nuestro sistema nadie duda; sobre el grado y lugar exacto de tal relieve ya no hay unanimidad. No pretendemos resolver aquí las disputas doctrinales si no emitir una opinión discutible en un tema debatido.

Las opiniones del T.S. se manifiestan externamente a través de las sentencias, y de ellas se deriva la jurisprudencia que "...se puede definir...como el criterio o la doctrina que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar las normas jurídicas" - (349).

No entraremos en la eterna disputa doctrinal acerca de si la jurisprudencia es o no fuente del Derecho, lo -

?

---

(349) ALBADALEJO, Manuel, Derecho Civil, I, Introducción y Parte General, Volumen primero, Introducción y - Derecho de la persona, Tercera edición, Barcelona, 1975, pág. 106.

que exigiría en primer lugar determinar qué es fuente -  
del Derecho, tareas ambas imposibles de acometer ahora;  
(350) pero poco interés tendría el que lo sea o no, ya

---

(350) Trátemos de cubrir, muy parcialmente, la laguna que la ausencia de tal análisis supone, citando alguna de las numerosas opiniones doctrinales que se han visto a propósito de este tema. Parece opinión mayoritaria el considerar que no se trata de una fuente de Derecho, a tenor de lo afirmado en el Título preliminar del Código civil en la enumeración de -- fuentes del Derecho, y esto es así tanto en la primitiva, como en la nueva redacción del título preliminar.

LA LAGUNA es tajante y claro "La discusión científica acerca de si la jurisprudencia es fuente de -- Derecho en el ordenamiento español parece ya zanjado y resuelta razonablemente con una respuesta negativa ...". LA LAGUNA, Enrique, Jurisprudencia y fuentes del Derecho, Pamplona, 1969, pág. 134. Por su parte ALBADALEJO plantea y responde la pregunta con toda claridad "...¿es la jurisprudencia fuente del Derecho?. La respuesta es sencilla e indudable: no lo es ...", ALBADALEJO, Manuel, Derecho Civil, I. cit., -- pág. 114. ESPIN, recoge la opinión general del siguiente modo: "Al no mencionar el Código Civil a la jurisprudencia entre las fuentes ha estimado que carece de dicho valor como fuente inmediata y directa ...". ESPIN, Diego, Manual de Derecho Civil español, Volumen I, Parte General, Tercera edición, Madrid., 1968, pág. 122. Para algún otro autor es fuente del Derecho, si bien a partir de un concepto no muy habitual de fuente del Derecho: así por ejemplo DE LA VEGA "Nuestra tesis es la de considerar la jurisprudencia, efectivamente, fuente del Derecho, pero no fuente formal, indirecta o complementaria, sino real e institucional. Su fundamento lo encontramos en --- dos comprobaciones de la realidad: a) como poder jurídico, órgano y custodio del Derecho, institucional y constitucionalmente así declarado, y b) Como creador de Derecho, como realizador del mismo al aplicar normas extra positivas, al lado de su más normal y cotidiana función de interpretación uniforme. Es decir, que la jurisprudencia no solo complementa el ordenamiento formal del Derecho, sino que lo completa, no en via subordinada e indirecta, sino propia". DE LA VEGA BENAYAS, Carlos, la doctrina de las fuentes del Derecho y el nuevo título preliminar del Código Civil (art. 5, 1º y 2º), en "Libro-homenaje a Ramón

que "...el valor de la jurisprudencia no reside en su -  
posible condición de fuente de Derecho sino en algo dis-  
tinto que las fuentes formalmente reconocidas no puedan

---

Ma Roca Sastre", Volumen I, Madrid, 1976, pág. 741.  
Por su parte DIEZ-PICAZO resume y explica las posi-  
ciones doctrinales así: "Entre nosotros existe una  
ya antigua discusión en torno a si la jurisprudencia  
es o no es una fuente de Derecho, discusión en  
la que dos posibles tesis, afirmativa y negativa,  
han sido mantenidas.

La tesis afirmativa...los argumentos y las razones  
que se esgrimen son de dos tipos. Ante todo, -  
se parte de lo que es o trata de ser una concepción  
realista del Derecho. Por encima del derecho cristali-  
zado en los textos legales o estrictamente defini-  
do en las normas, se encuentra el Derecho que efecti-  
vamente se realiza, que efectivamente se inscribe  
en la vida jurídica cotidiana, que efectivamente es  
objeto de cita en los tribunales, que influye en --  
las decisiones de estos, etc. Desde este punto de -  
vista, se dice, no cabe la menor duda de que es rea-  
lista otorgar a la jurisprudencia el valor de fuente  
del Derecho.

El realismo jurídico -como su antítesis, el idea-  
lismo- es una pura posición filosófica y la conside-  
ración de la jurisprudencia como fuente de Derecho -  
positivo necesita un sostén algo más firme, el cual  
se ha buscado por dos vías. Una es legal y se encuen-  
tra en el artículo 1692 L.E.C, que permite la arti-  
culación del recurso de casación no solo por infrac-  
ción de Ley, sino también por infracción de "doctri-  
na legal"...La segunda vía ha sido la de la conside-  
ración de la jurisprudencia como un medio de crea-  
ción de normas consuetudinarias. La jurisprudencia  
da lugar a un usus fori o uso del foro que, si bien  
no es una fuente autónoma, forma parte de lo que --  
nuestro Código Civil considera como costumbre: la -  
costumbre de los tribunales, la costumbre de los ju-  
ristas, etc.

Frente a todo ello, a nuestro juicio con mejo-  
res argumentos, se ha negado que la jurisprudencia  
sea genuina fuente del Derecho. La función de los -  
tribunales no es la creación de un Derecho nuevo, -  
sino la aplicación de un Derecho preexistente...La  
"doctrina legal" es algo que deriva inmediatamente

alcanzar por su natural condición: realizar el Derecho. En las fuentes, el Derecho se declara. En la Jurisprudencia, el Derecho se realiza..." (351) "...cierto que las fuentes de Derecho existen con independencia de la jurisprudencia, pero la jurisprudencia es la condición de su eficacia. De tal modo, las fuentes del Derecho viene a depender de la jurisprudencia en una medida considerable" (352). Esto es, muy probablemente, tan importante, o tal vez más, que ser fuente del Derecho. Como afirma ALBADALEJO, "...de hecho, la jurisprudencia es más importante que la norma jurídica en sí, pues prevalece -que es lo que -- prácticamente importa- no el sentido que la norma tiene, sino el que la jurisprudencia le atribuye" (353).

---

de la Ley, o en su caso, de los principios generales del Derecho, y es anterior al momento de su consagración jurisprudencial.

La tesis de la consideración de la jurisprudencia como costumbre... tampoco parece que pueda -acogerse entre nosotros, porque solo son costumbres las normas creadas e impuestas por los usos sociales...

Lo que hasta aquí hemos llamado normas jurídicas son reglas que poseen un importante grado de generalidad... parece claro... que no pueden aparecer o manifestarse nunca en las sentencias, que son siempre decisiones concretas sobre casos concretos..." DIEZ-PICAZO, Luis, en VARIOS (Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975, Volumen I, Madrid, 1977, págs. 131 y 135. Tal vez la siguiente afirmación de LALAGUNA en su inconcreción, sea muy clarificadora: "...cuando se dice que la jurisprudencia no es fuente de Derecho, aunque se afirma algo muy cierto, no se dice toda la verdad..." "... [la jurisprudencia] es la "materia viva" para las construcciones de la ciencia jurídica, la primera - "fuente de conocimiento" del Derecho". LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., págs. 25 y 29.



Junto al tema de si la Jurisprudencia es o no fuente del Derecho también se ha planteado con insistencia, y con soluciones diversas, por parte de la doctrina, -- otro tema de notable importancia. determinar si la jurisprudencia es idéntica a la doctrina legal" cuya infracción abre una via del recurso de casación (354).

El grado de vinculación que supone la jurisprudencia del T.S. respecto a sí mismo y a los tribunales inferiores es tema que también suscita opiniones contrarias en la doctrina; volveremos sobre este aspecto, aunque con escaso detenimiento, en el primer apartado de este capítulo.

---

(351) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., pág. 92.

(352) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., pág. 94.

(353) ALBADALEJO, Manuel, Derecho Civil., cit., pág. 114.

(354) Nos limitaremos a señalar dos posturas contrapuestas a este "...no tenemos inconveniente en afirmar que la doctrina legal es la jurisprudencia...La -- doctrina legal equivale a doctrina jurisprudencial como así lo reconoce un sector muy importante de -- doctrina científica, lo acredita la experiencia y lo revela la oscuridad e imprecisión con que se delimitan ambos conceptos..." OGAYAR Y AYLLON, Tomás, Las fuentes del Derecho y el novísimo título preliminar del código civil, en Libro-homenaje... cit., págs. 649 y 650; y de otra parte "...presupuesto -- que "doctrina legal" no signifique "doctrina jurisprudencial"... ".ALBADALEJO, Manuel, Derecho civil, cit., pág. 124.

En definitiva, (partiendo de la observación del -- profesor DE CASTRO: "En la vida jurídica española, la jurisprudencia, entendiendo por ella las decisiones -- (Sentencias y Autos) del Tribunal Supremo, tiene indis-- cutida y merecida importancia..." (355)) trataremos de -- responder a los interrogantes que él mismo plantea: -- "...lo que aquí interesa no es el influjo social y el carácter ejemplar de la jurisprudencia, sino su valor jurídico mediato no como sentencia, sino como doctrina; esto es: que valor vinculante general tienen las reglas y criterios contenidos en las sentencias del Tribunal -- Supremo? ¿Vinculan al mismo Alto Tribunal, a los Tribu-- nales inferiores, a la sociedad española? ¿les concede nuestro Derecho algún valor jurídico especial?... (356), sin olvidar que "La estructura de una comunidad organi-- zada jurídicamente está integrada por dos tipos funda-- mentales de reglas: los preceptos legales, de carácter general, y las disposiciones jurisdiccionales, que re-- suelven particulares conflictos de intereses...el orden jurídico se nos ofrece siempre como una viva interpreta-- ción de normas generales y decisiones singulares" (357)

---

(355) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil de Es-- paña. Parte General, Tomo I, Libro preliminar, -- Introducción al Derecho Civil, Tercera edición, -- Madrid, 1955, pág. 557.

(356) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil..., cit, pág. 557.

(357) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., pág. 65.

y que "...en los países de Derecho civil codificado -- nos encontramos con una estructura jurídica conformada fundamentalmente por normas de carácter general pero -- cuya eficacia concreta depende de la aplicación que se haga de ellas por los Tribunales en las decisiones de los casos. Una atenta observación de este fenómeno permite sostener que las decisiones singulares cumplen en el ordenamiento jurídico de cualquiera de estos países una función tan indispensable como la de las normas generales" (358).

Insistamos, una vez más, en la acotación del campo de las próximas líneas; no vamos a pretender situar a la jurisprudencia, en su justo lugar, no vamos a tratar de delimitar con exactitud la misión del Tribunal supremo en el sistema jurídico español. El artículo 42 del Código civil emplea un término que carece de un sentido claro en nuestro sistema jurídico; ese término, en sí mismo vacío, ha pretendido completarlo la Administración Pública, tanto a través de normas de aplicación general (359), como mediante las Resoluciones de la D.G.R. y N. (360); igualmente la Doctrina (361); y también el

---

(358) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., pág. 65.

(359) Vid. supra II - B - a - 1

(360) Vid. supra II - B - a - 2

(361) Vid. supra II - B - a - 3

Tribunal Supremo (362). En el siguiente capítulo pretendemos señalar cuál ha sido la interpretación que el T.S. ha dado a dicho término, en el presente queremos señalar por que tiene una especial importancia tal interpretación.

a- El Tribunal Supremo como órgano competente para interpretar las leyes en el ordenamiento jurídico español vigente. Las misiones del T.S.

Jurisprudencia es la "...interpretación del Derecho vigente contenida en las decisiones judiciales" (363), - pero ¿qué es interpretar el Derecho vigente?. El profesor DE CASTRO ha respondido "...Jurídicamente, interpretación en sentido estricto (explicatio), es: "determinar por los signos externos el mandato contenido en la norma" ...en un sentido más lato, la tarea de "averiguar lo que tiene valor normativo"..." (364).

Cabría preguntarse cuáles son las razones que hacen necesaria la interpretación; una vez más, el profesor DE CASTRO dice con acierto: "La norma positiva puede decir-

---

(362) Vid. infra IV - B.

(363) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., pág. 22.

(364) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil..., cit., pág. 495.

se que queda...condicionada por las operaciones [interpretación y aplicación] que posibilitan su realización social" (365).

La pretensión del Derecho de lograr un orden social justo no se logra con el simple enunciado de unas normas positivas justas; el lograr un orden social justo no es una situación estática, sino un proceso dinámico, partiendo de una situación dada (la situación real de hecho) y conocida la meta que se desea alcanzar (la justicia),- el Derecho es un instrumento para lograr tal fin; la norma positiva -que debe de ser justa-por sí misma no podría lograr tal resultado-, es necesario hacerla efectiva, hacerla actuante, esto se logra mediante la aplicación con la que "...se trata de hacer que efectivamente el actuar libre de los hombres se ajuste al plan jurídico, que la norma pase de ser una proposición jurídica a ser una realidad directora del vivir social" (366).

¿Cuál es la misión de la interpretación en este -- proceso?. Nuevamente hemos de acudir al profesor DE CASTRO:"... El orden de los problemas que plantea <sup>7</sup> [la interpretación] es el siguiente: ante todo determinar la norma aplicable al caso; después, averiguar el contenido

---

(365) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil..., cit., pág. 488.

(366) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil..., cit., págs. 509 y 510.

normativo de la regla; establecidas estas bases, se puede pasar al estudio de la función estrictamente interpretativa, la del modo mejor para conocer el sentido de la norma; estas cuestiones se han de completar con la de la aplicación de las normas, o sea, la posición del que --- aplica la regla y el propio significado de la aplicación" (367). Se habla de "norma aplicable al caso"; ello es --- bien exacto pues si la realización de la Justicia es un proceso dinámico, es un proceso total pero integrado por diversos componentes, tales componentes son todos y cada uno de esos "casos" en que se realiza el Derecho (368).

Que la interpretación es una actividad necesaria --- para la realización del Derecho parece ser un tema que --- no plantea mayores dudas; que la norma positiva general debe ser conectada con el caso concreto específico es --- claro. Que la norma necesita de esa mediación que la interpretación es, es indudable, pero "...la doctrina de la interpretación plantea esta pregunta: detrás de las palabras de una ley, ¿se puede buscar algo más: una voluntad

---

(367) DE CASTRO Y BRABOO, Federico, Derecho Civil..., --- cit., págs. 509 y 510.

(368) "...Transformar el Derecho positivo ante las situaciones jurídicas singulares es el oficio propio --- del conocimiento prudencial, o, si se prefiere, --- obra de interpretación, en el sentido clásico de la palabra. El Derecho, que se define como aplicable --- en el plano del conocimiento práctico, se realiza --- cuando el conocimiento práctico cristaliza en una --- decisión. La más genuina forma realización del Derecho es la jurisprudencia". LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., págs. 91 y 92.

una abstracción dogmática, la ponderación de unos intereses, lo que el juez crea, lo que el vulgo sienta, una valoración moral y política?. Interrogante de la que dificilmente se distinguen las relativas a la aplicación del Derecho: ¿qué medios son los propios, qué autoridades o personas están encargadas de la función interpretativa?, ¿con qué alcance y hasta qué límites?" (369). Trataremos de apuntar algunas posibles respuestas a tales preguntas, comenzado por tratar de determinar cuáles son las personas o autoridades que deben acometer la tarea interpretadora.

Tres clases de interpretación se distinguen comúnmente en razón de su origen: auténtica, usual y doctrinal; analicémoslas brevemente.

Se entiende por interpretación doctrinal la realizada por los autores; respecto a su eficacia hay que señalar con el profesor DE CASTRO que "...tiene la autoridad que le da el prestigio de su autor, pero ni siquiera la communis opinio Doctorum es decisiva" (370); son eficaces en el sentido de que necesariamente influirán, de una parte en el legislador para posibles modificaciones legislativas, y de otra en los Tribunales, que serán los

---

(369) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la persona, Quinta edición, Madrid., 1970, pág. 101.

(370) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil..., cit, pág. 520.

que en último extremo conectarán el Derecho con la realidad fáctica. Fuera cual fuere su importancia histórica, sea cual sea su importancia -grande- indirecta en la actualidad, lo que es un hecho es <sup>u</sup>que la opinión doctrinal no es elemento decisivo en la aplicación inmediata de la norma positiva.

Interpretación auténtica es aquélla que realiza el propio legislador, no sólo por el nombre con el que es conocida, sino por la idea, en apariencia lógica, de -- que quién mejor que el que prescribió algo para determinar que es exactamente lo que pretendía ordenar. Pero pensamos que esta apreciación es inexacta.

En la actual concepción de una agrupación social -organizada en Estado, tal postura está superada. La norma positiva, al dejar de ser proyecto y convertirse en Ley (entiéndase en el sentido más amplio) queda separada del legislador. Si el legislador quiere volverse sobre el tema, bien sea porque su incapacidad para legislar le ha hecho decir algo distinto de lo que quería decir, bien sea porque ha cambiado de opinión sobre el tema, el método adecuado no es la interpretación, sino la reforma legislativa.

A este respecto es importante aludir a una habitual forma de interpretar--modificar. Nos referimos a los supuestos "desarrollos" de una norma de rango superior, --



por otras de rango inferior. Este tema es de especial - interés en nuestro trabajo ya que, como se ha demostrado más arriba, los intentos de interpretar el artículo 42 del Código civil a través de normas de todo rango - han sido continuos. El profesor DE CASTRO es claro a - este respecto: "...hay que advertir que la regla de categoría inferior no puede estimarse interpretación auténtica de otra de rango superior; pues tiene distinto origen(auctor). Quien dicte la nueva disposición tendrá una autoridad atendible, pero no tanta que elimine el respeto debido al verdadero significado de la disposición superior; puede tener un valor orientador pero no vinculante" (371). Volveremos, con más detenimiento, - sobre tan importante cuestión en el siguiente apartado.

La tercera clase de interpretación es la realizada por los Tribunales, recibiendo el nombre de interpretación usual. Al propósito de la misma DE CASTRO afirma:- "...no tiene valor decisivo más que para el caso decidido en la sentencia (artículos 1251 y 1252 C.C.)...La jurisprudencia del Tribunal Supremo es la única que puede llegar a fijar "doctrina legal"; pero la autoridad - de las demás decisiones es muy respetable, tanto para - la práctica (precedentes) como para la teoría". (372).

---

(371) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil..., - cit., pág. 519.

(372) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho civil..., - cit., pág. 515.

Analizaremos, pues, sólo el concepto de jurisprudencia del T.S. y su relación con el concepto de "doctrina legal".

"Una de las mayores dificultades para entender -- bien el significado de la jurisprudencia deriva de la -- frase "infracción de ley o de doctrina legal" usada por la ley de Enjuiciamiento civil, al señalar los motivos del recurso de casación (arts. 1687 y sig.). Autores -- muy respetables piensan que la doctrina legal es la doctrina de la jurisprudencia; con lo que también afirman el carácter de fuente jurídica de esta, al ser infracción motivo para casar la sentencia. Todo ello parece -- derivar de una confusión. Al crearse el Tribunal Supremo se siguió el modelo francés; y como en éste el primitivo recurso de nulidad tenía por principio el general-respeto a la letra de las leyes y se daba así sólo frente a las sentencias que "fuesen contrarias a la Ley clara y terminante" (D. 4-II-1838). Desviación injustificada de la práctica tradicional española, y que por ello fué mal recibida. Pronto se cambia el sistema, mediante la admisión de recursos por infracción de "doctrina legal" (Ley de E.C., 5-10-1855); lo que significa, en opinión de los autores contemporáneos, evitar las malas o erradas "interpretaciones de las leyes y la inaplicación de los principios universalmente recibidos" (Pacheco, Gómez de la Serna). Este mismo criterio sigue la ley vigente (L.E.C. 3-2-188) que no puede dudarse que distingue --

también entre la doctrina legal y la jurisprudencia. -  
Pues dice: no se admitirá el recurso cuando se citen -  
como doctrina legal principios que no merezcan tal concepto o las opiniones de los juriconsultos a los que la  
legislación del país no de fuerza legal" (art. 1725, 10º)  
tiene valor normativo ("ratio decidendi"); que se distingue  
del estricto de "la ley" (interpretación literal, --  
"ley clara y terminante") pero que son "las emanaciones  
de las mismas leyes", es decir, su sentido normativo directo  
o indirecto (interpretación declarativa, correctora,  
analogía); y que además comprende "los principios -  
capitales", "los dogmas inconcursos de la ciencia del -  
Derecho"(Gomez de la Serna.).

La conexión y posterior confusión entre doctrina -  
legal y doctrina jurisprudencial se produjo -y se explica-  
facilmente. Un recurso basado en una interpretación  
arbitraria o absurda de una disposición legal debe re--  
chazarse ya en el trámite de admisión. Para que un re--  
curso por infracción de ley no sea rechazado, se requiere  
por la ley la concreción y exactitud de la cita (art.  
1729, 4º, 7º, L.E.C.), y nada semejante se dice respecto  
a la doctrina. El Tribunal Supremo ha exigido (llenando  
la laguna de la ley) que la doctrina esté "autORIZAda";  
entendiendo que lo está cuando se recoge en la doctrina  
jurisprudencial. Esta no es ya una doctrina que -  
mana directamente de la ley, ni puede, por tanto, ser -

infringida; tiene sin embargo, una gran autoridad (la del Tribunal que la crea), originando una presunción a favor de la interpretación o principio que ampare (doctrina legal), y facilita que se considere admisible el recurso y que pase a la decisión de la Sala (significado procesal)" (373).

Es un hecho legal que existe un recurso de casación por infracción de "doctrina legal"; es decir, los órganos judiciales de rango inferior al T.S. deben resolver conforme a la "doctrina legal", ya que de no hacerlo -- así quedarán expuestos a que sus decisiones sean revisadas para ajustarlas a la "doctrina legal"; la "doctrina legal" -que no es ley- queda a efectos casacionales a nivel de la ley.

El problema será el de señalar qué se debe entender por doctrina legal, y algo aún más importante a efectos prácticos: ¿Quién es competente para determinar que es doctrina legal?. Antes de tratar de responder a ambos interrogantes, transcribiremos algunas opiniones doctrinales que permitirán enmarcar el problema en sus justos términos.

El profesor DE CASTRO afirma que: "...a) La doctrina legal es distinta y no debe confundirse con la doctrina

---

(373) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Compendio..., cit., - págs. 114 y 115.

na jurisprudencial. b) La jurisprudencia no crea la doctrina legal, aunque tenga...gran importancia para su fijación..." (374).

Por su parte ALBADALEJO estima que el T.S. entiende por infracción de doctrina legal a efectos de casación la establecida por su jurisprudencia (375).

En su importante obra, tan repetidamente citada, - en torno a la jurisprudencia, LALAGUNA alude al tema - en repetidas ocasiones, mencionemos algunas de ellas.- "La doctrina legal [a efectos de recurso de casación] no es ley escrita ni pura creación jurisprudencial, pero su existencia depende tanto de la ley como de la jurisprudencia (376). "El valor normativo de la doctrina legal, que es el aspecto principalmente destacado por nuestra doctrina científica, justifica su consideración como "fuentes complementaria de la ley". En este sentido se afirma que la posición en nuestro ordenamiento de la llamada "doctrina legal" y "su absoluta equivalencia -- con la ley a efectos de fundamentar el recurso de casación" fuerza a interpretar el artículo 6 del Código civil "en el sentido de que por Ley hay que entender si--

---

(374) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil..., cit, pág. 561.

(375) Vid. ALBADALEJO, Manuel, Derecho Civil, cit., páag 106.

(376) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., pág.- 55.

multaneamente el texto escrito y la jurisprudencia adherida al mismo por via de interpretación aclaratoria o correctiva" (GARCIA DE ENTERRIA, E., Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo, "Revista de Administración pública", 1963 núm. 40, p.p. 196-197)" (377): "...Por este camino, la noción de "doctrina legal" se aproxima a la noción de "fuente de Derecho" en sentido técnico, pero se aleja de la significación creadora de la interpretación como experiencia jurídica" (378) "...Pero esta conversión de la "doctrina legal" en "ley" se debe rechazar. Para la modificación de la ley en un plano general está ya el poder legislativo. Para la aplicación de la ley, confiriéndose un grado de practicidad adecuado a la solución de singulares conflictos de intereses, es necesario esa cercana contemplación de los hechos que sólo puede proporcionar la jurisprudencia" (379) "...En particular hay que advertir que todo el valor normativo insito en la "doctrina legal" es una consecuencia de la tarea de interpretación: ese valor normativo lo adquiere la "doctrina legal" de una manera abstracta, como la ley, sino anudado muy precisamente a la estructura fáctica de la situación jurídica concreta en la que se fragua la --

---

(377) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit, pág. 61.

(378) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit, pág. 62.

(379) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit, pág. 63.

doctrina legal como criterio de decisión. La radical vinculación a los hechos y la libertad de la interpretación son características esenciales en la formación de la "doctrina legal", que la distinguen netamente de las fuentes de Derecho y justifican que el Tribunal Supremo no quede vinculado por sus propias decisiones" - (380).

No podemos entrar aquí en la conceptualización exacta de la "doctrina legal" (ello corresponde a la Teoría - General del Derecho), ni en su articulación práctica - en juicio (ello corresponde al Derecho Procesal). Solamente pretendemos emitir unas opiniones personales, -- aunque influidas -obviamente- por el sentir general de la más autorizada doctrina.

Jurisprudencia y doctrina legal no son, "legalmente", términos sinónimos. Existen decisiones legales que no son doctrina legal y la doctrina legal no se configura solamente con la jurisprudencia.

La aplicabilidad, a efectos prácticos, de la doctrina legal es encomendada por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, por la vía del recurso de casación, al T.S.; y en la práctica es el Tribunal Supremo el que determina qué debe de entenderse por doctrina legal.

---

(380) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., pág. 64.

La pretensión de este capítulo -y específicamente de este apartado- es el determinar cual es la importancia de nuestro más alto Tribunal en la configuración exacta de un precepto legal que no parece claro. Mas - en concreto, determinar que posible valor tendrá la -- forma de entender el T.S. un término tan ambiguo como el de "profesar...", empleando en el artículo 42 del - Código Civil. Son varios aspectos los que hacen que -- las decisiones del T.S. revistan una especial importancia; entre ellos ocupa un destacado lugar la doctrina-- legal.

Dos puntos de contacto, en momentos y con finalidades distintas, tiene el T.S. con la doctrina legal. Tomemos como referencia un caso concreto.

Planteado un recurso de casación por infracción de doctrina legal, el T.S. deberá de decidir si el tribunal inferior -contra cuya decisión se recurra- ha violado la doctrina legal. Si el T.S. estima que tal violación se ha producido dictará nueva sentencia, que deberá ajustar a tal doctrina legal, revocando la decisión del Tribunal inferior; así pues el T.S. tendrá una primera intervención directa, y tal intervención se concretará en la aplicación de la doctrina legal.

Pero no es este, su aplicación, el único punto de conexión entre doctrina legal y T.S. En este supuesto -



en el que el T.S. casa una sentencia de órgano inferior por infracción de doctrina legal, es obvio que habrá -- que determinar cual es la doctrina legal que resulta aplicable. El problema, antes que al T.S. se le plantea al propio recurrente, el problema es destacado por el profesor DE CASTRO, en sus justos términos, con las siguientes palabras: "...La Ley de Enjuiciamiento Civil - (art. 1729) exige, para que un recurso de casación se admita, señalar concretamente el artículo o disposición cuya infracción se alegue; nada dice, en cambio, sobre el modo de mencionar o concretar la doctrina legal..." (381), la solución adoptada en la práctica es indicada más adelante: "...para llenar esta laguna y evitar que resultase inútil el trámite de admisión, el Tribunal Supremo ha exigido que, cuando se trata de doctrina legal no notoria, se autorice su cita con la aportación de la jurisprudencia que la recoja" (382). Es decir, se entenderá por doctrina legal lo que el propio T.S. entendiera por tal en sentencias anteriores (383).

Es ésta, pues, la doble vía de actuación del T.S. en contacto con la doctrina legal. Directamente la aplica (sentencia en la que se admite el recurso de ca-

---

(381) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil..., cit., pág. 569.

(382) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil..., cit., pág. 569.

(383) ("...El Tribunal Supremo ha exigido (llenando la laguna de la ley) que la doctrina esté "autorizada";-entendiendo que lo está cuando se recoge en la doctrina jurisprudencial..." DE CASTRO Y BRAVO, Federico,

sación por infracción de doctrina legal), y en un momento anterior la forma (conjunto de sentencias anteriores que ahora son invocadas). En el bien entendido de que la sentencia que resuelve el caso concreto, aplicando la doctrina legal recogida en sentencias anteriores, pasará a formar "doctrina legal" para sentencias posteriores.

En definitiva, la sentencia que admite un recurso de casación por infracción de doctrina legal tiene una doble fuerza; una presente (exclusiva de dicha sentencia) aplicando a un caso concreto la doctrina legal; - otra diferida (común a todas las sentencias emanadas - del T.S.) al conformar la doctrina legal.

Es un hecho, que se demuestra en el siguiente capítulo, que el T.S. ha interpretado el término "profesar..." del artículo 42 del C.c. dotándolo de contenido. Trataremos de resumir, poco más que un mero esquema, cuál puede ser el auténtico valor de tales interpretaciones.

Creemos que se deben de separar dos niveles:

1- En un caso concreto.

2- A nivel general.

1- Ante un caso concreto.

\*\*\*.....

Pretendemos recoger en este nivel aquellos supues-

tos en que la actuación jurisprudencial se refleja en una sentencia que resuelve una situación específica -- concreta.

La controversia jurídica que exige la actuación -- del poder judicial, se plantea en un primer momento en tribunales inferiores al T.S. Esos tribunales producirán una decisión (Sentencia), que vendrá necesariamente influida por las alegaciones de las partes, y en la formación a tales alegaciones influirá a su vez la jurisprudencia (384); así pues, aún antes de dictar sentencia, la jurisprudencia actúa de la mano de los abogados. En el momento de redactar la sentencia el Tribunal inferior vuelve a tener en cuenta la jurisprudencia (385), ello por un doble motivo; 1- Un Tribunal al plantearse -- la interpretación de una expresión como la que ahora nos ocupa, no puede actuar con absoluta libertad e independencia, sus interpretaciones no pueden ser absolutamente -- originales. La interpretación no se puede realizar aislada del ordenamiento, que no es estático, y debe tomar

---

(384) ("...Desde un punto de vista práctico, no cabe la menor duda que la jurisprudencia tiene un extraordinario valor. Los abogados y los juristas prácticos la utilizan cotidianamente como materia de argumentación..." DIEZ-PICAZO, Luis, en VARIOS, Comentarios..., cit., pág. 132.

(385) "...los tribunales la recogen [a la jurisprudencia] para fundar en ella sus propias sentencias..." DIEZ-PICAZO, Luis, en VARIOS, Comentarios..., cit., pág. 132.

como punto de referencia otras interpretaciones anteriores; entre ellas ocupa un especial lugar la realizada por el Tribunal Supremo, que servirá de ejemplo (386).- Pero hay un segundo motivo para que el Tribunal inferior ajuste su interpretación a la del T.S., es la razón ya señalada que se deriva del recurso de casación por infracción de doctrina legal. Si el Tribunal pretende que su decisión surta efectos, que no sea revocada, debe ajustarse a la doctrina legal, en cuya formación ocupa lugar destacado el T.S.

Una vez obtenida la decisión el Tribunal, o Tribunales, inferiores, el caso controvertido puede llegar ante el T.S. En ese estadio es evidente que la interpretación del T.S. será la válida.

Así pues, es un supuesto concreto en el que sea necesario interpretar el término "profesar..." del artículo 42 del C.c., la Jurisprudencia interpretadora actuará cumulativamente por estas vías:

- 1- Al ser citada en las alegaciones de las partes.
- 2- En la formación de las sentencias de los tribunales inferiores.

---

(386) "...entre las varias formas posibles de interpretación, la realizada por el Tribunal Supremo es una forma ejemplar de interpretación..." LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., pág. 329.

a- Para lograr una coherencia en el ordenamiento.

b- Para lograr que su decisión sea eficaz no siendo derogada por infracción de doctrina legal.

3- En la formación de la sentencia del Tribunal Supremo.

a- Porque ella misma es la interpretación jurisprudencial.

b- Por vía del recurso de casación por infracción de doctrina legal.

I- Al admitir o denegar tal recurso

II- Al "recibir" las anteriores interpretaciones jurisprudenciales que han conformado la doctrina legal.

III- Al participar en la formación de la futura doctrina legal mediante la presente sentencia.

2- A nivel general.

.....

Aunque tal vez sea cierto que "...el valor de la -  
jurisprudencia radica, no en crear normar jurídicas de  
carácter general, sino en condicionar la eficacia de las  
mismas mediante su interpretación..." (387), no es menos  
cierto que la jurisprudencia trasciende en su eficacia -  
de la simple resolución de un caso concreto. La jurisprudencia  
ayuda a conformar el ordenamiento. La polémica --  
doctrinal acerca de si la jurisprudencia es o no fuente

del Derecho deriva precisamente de ahí. Consideramos que todos los autores coinciden en señalar la importancia -- que la jurisprudencia tiene en la conformación del ordenamiento, lo único que ocurre es que para algunos sólo -- las fuentes del Derecho tienen tal fuerza y por lo tanto deben considerar a la jurisprudencia como tal.

Pero es que incluso la jurisprudencia tiene una inegable fuerza indirecta en la formación y aplicación de -- las tres fuentes (indubitadas) del Derecho:

1- En la Ley.

"...los Tribunales, por su constante e inmediata -- relación con los problemas jurídicos de la vida, están -- en una situación inmejorable e, incluso, superior, en -- cierto modo, a aquélla en que se encuentra el legislador a los efectos de ver las deficiencias del Código y de in jertar en su articulado nuevos preceptos que lo revitali cen e impidan su alejamiento, cada vez mayor con el tras curso de los años, de las necesidades de la práctica" -- (388). Esa cualidad --contacto directo con la realidad ju rídica-- que tienen los tribunales no puede ser desaprove chada por el legislador, pues aunque "La primera actitud que el legislador puede adoptar frente al cometido y fun

---

(388) ALVAREZ VIGARAY, Rafael, Las mutuas influencias entre la legislación y la jurisprudencia, en Libro-homenaje..., cit., págs. 830-831. En éste artículo aparecen desarrolladas las ideas que aquí nos limitamos a apuntar.

ción de la jurisprudencia cabe, sin duda, que sea de -  
desconfianza y recelo..." (389), "...la auténtica pos-  
tura del legislador español no es de desconfianza y hos-  
tilidad ante la obra de nuestros Tribunales, sino que -  
trata de conciliar las funciones de ámbos, de forma que,  
en lugar de rígida separación, lo que haya es ayuda y -  
colaboración mutua, y especialmente que los Tribunales-  
auxilien al legislador en el sentido de que este haga -  
suyos y se enriquezca con logros y realidades jurispru-  
denciales" (390).

El legislador, al reformar una disposición legal -  
o al dictar una complementaria de las ya vigentes, debe  
atender al "resultado" que dieron en la práctica; nada  
mejor que atender a cómo fueron aplicadas por los tribu-  
nales; los criterios interpretativos de la jurispruden-  
cia deben servir como importante punto de referencia en  
las tareas legislativas.

El T.S. no sólo tiene que interpretar y aplicar la  
ley, también debe colaborar en su formación.

2- En la costumbre.

"La concepción de la jurisprudencia como fuente de

---

(389) ALVAREZ VIGARAY, Rafael, Las mutuas..., cit., pág.  
826.

(390) ALVAREZ VIGARAY, Rafael, Las mutuas..., cit., págs.  
829-830.

normas consuetudinarias...se acoge después de la vigencia del código en obras de carácter teórico y también, aunque en posición aislada, por algún civilista" (391).

"Pero, según la opinión dominante, la consideración de la jurisprudencia como costumbre...es insostenible" (392).

Si bien es cierto que las sentencias no hacen costumbre -hacen jurisprudencia, que ya es bastante-, no es menos cierto que es a la jurisprudencia a la que corresponde aplicar esa "...norma creada e impuesta por el uso social..." (393). Como ha señalado DE CASTRO "...los Tribunales exigen que quien alega una costumbre debe -- probar su existencia..." (394), y añade "En la práctica se utilizarán los medios ordinarios de prueba... medios o principios de prueba que el Tribunal de instancia podrá apreciar libremente y de acuerdo con las circunstancias de cada caso" (395). Lo que es tanto como afirmar 1- Que corresponde a quien alegue la costumbre probar su existencia y cualidad de tal y 2- Que corresponde al Tribunal el determinar, en libertad, si se dan los requisitos que permitan hablar de costumbre.

---

(391) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., pág. 126.

(392) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., pág. 127.

(393) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Compendio..., cit., -- pág. 90.

(394) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil..., cit., pág. 444.



Las decisiones jurisprudenciales no forman costum  
bre, pero a ellas corresponde determinar que tendrá --  
consideración de costumbre. Si se nos permite diremos  
que son los tribunales los que fijan la costumbre, si  
bien apoyándose en la realidad sociológica que hace --  
que surja pero no que sea efectiva.

Se excusa un tratamiento más detallado de la cos-  
tumbre por un doble motivo: 1- No constituye, ni tan --  
siquiera indirectamente, objeto de esta tesis y 2- Por  
que su importancia práctica es secundaria y decreciente.  
(396).

3- En los principios generales del Derecho.

Recoge nuestro Código civil, como fuente supletoria  
de segundo grado a los principios generales del Derecho.

¿Que son los principios generales del Derecho?. No  
hemos encontrado una definición más clara, tras su apa-  
rente inconcreción, que la del profesor DE CASTRO: "...  
Son como el aire en que jurídicamente se vive..." (397).

Creemos innecesario el explicar que las decisiones  
de nuestro más alto Tribunal, Son un elemento importante

---

(395) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil..., cit.,  
págs. 446 y 447.

(396) Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Compendio..., cit.,  
pág. 89.

(397) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Compendio..., cit., ---

en la composición de tal "atmósfera jurídica. Pero a parte de dicha importancia, difícilmente cuantificable, que se deriva de "...que la jurisprudencia o doctrina jurisprudencial tiene todo el peso moral del alto Tribunal..." (398), se produce otra vía, de más clara percepción, por la que jurisprudencia y principios generales se conectan. Nos referimos a la aplicación práctica de los principios generales.

La doctrina refleja tal punto con meridiana claridad lo cual nos exime de ulteriores precisiones. Para DIEZ-PICAZO, "...la jurisprudencia tiene una muy notable misión cuando a falta de especiales normas legales o consuetudinarias, ha de llevar a cabo la decantación y aplicación de los principios generales del Derecho..." (399); por su parte, LALAGUNA estima que "La posibilidad de renovación de nuestro sistema por la acción de los principios generales del Derecho en el terreno de la interpretación queda encomendada a la jurisprudencia. Si algo significan esos principios es precisamente que la realización del Derecho no es una suma de aplicaciones estrictas de la ley sino un quehacer constructivo de la jurisprudencia..." -- (400), o, más brevemente, "...La valoración de los límites de aplicabilidad de las leyes y la posibilidad de una

---

(398) ALBADALEJO, Manuel, Derecho Civil., cit., pág. 121.

(399) DIEZ-PICAZO, Luis, en VARIOS, Comentarios..., cit., pág. 133.

(400) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., pág. 181.

interpretatio juris a través de los principios generales del Derecho se confía a la jurisprudencia" (401), D'ORS concreta con claridad. "...El art. 1692 de la L.E.C. no ...menciona para nada [a los principios generales del--Derecho]; pero el Tribunal Supremo tiene establecida la doctrina de que los principios generales, para poder dar lugar a casación de la sentencia que no los observa, deben haber sido recogidos o por la Ley o por la doctrina legal. Así, pues, a efectos de casación, los principios generales se absorben en la ley o la doctrina llamada legal..." (402). El punto relativo a la doctrina legal ya fué tratado anteriormente y por ello no volveremos sobre él.

Pensamos que ha quedado suficientemente probada la veracidad de la siguiente afirmación de LALAGUNA: "La --consideración de la jurisprudencia como doctrina o criterio de interpretación de los Tribunales es sólo un aspecto de la actividad jurisdiccional..." (403).

No se entienda que pretendemos desorbitar al valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, nuestra adhesión a las siguientes palabras del Profesor DE CASTRO --es total: "Según nuestra concepción jurídica, la aplica

---

(401) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., pág. 175.

(402) D'ORS, Alvaro, Para una interpretación realista --del art. 6 del Código civil Español, en "Studi in onore di Emilio BETTI", Volume primo, Milano, 1962, págs. 122 y 123.

(403) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., pág. 40.

ción de las normas supone una actividad creadora en --  
cuento al que interpreta dá sentido, desarrolla y com-  
pleta la ley; pero no significa conceder un poder arbi-  
trario al juez para basar la sentencia en sus particu-  
lares sentimientos o en sus utópicos ideales de legis-  
lador; se le confiere el officium de cooperar en la --  
realización del Derecho, y en el cumplimiento de esta  
labor está sometido a las leyes y guiado por los prin-  
cipios generales del Derecho" (404).

Si quisieramos resumir, en escasas ideas, que es -  
lo que se ha pretendido decir en este apartado transcri-  
biríamos las opiniones de dos autores, repetidamente ci-  
tados. "La función que se asigna [ a la Jurisprudencia  
en el ordenamiento español vigente ] es la de complemen-  
to o de integración del ordenamiento jurídico. No crea -  
las fuentes de éste, pero lo sirve de complemento" (405),  
o como afirma ALBADALEJO: "[ La jurisprudencia no crea -  
normas ], sino que el sentido o espíritu que atribuye a -  
éstas es de obligatorio acatamiento (pero esto no es ser  
fuente, sino, a lo más, tener el poder de establecer la  
interpretación que debe ser considerada oficial, valga -  
la palabra, de las normas que aquella crea)" (406)

&

---

(404) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil..., cit.,  
pág. 517.

(405) DIEZ-PICAZO, Luis, en Comentarios..., cit., pág. 137.

(406) ALBADALEJO, Manuel, Derecho Civil, cit., pág. 115. -  
El subrayado es nuestro.

b- Ilegalidad de cualquier interpretación del artículo 42 realizada por órgano distinto del Tribunal Supremo.

Parece necesario el explicar, en primer lugar, que es lo que se pretende decir con el título de este apartado, en apariencia, tal vez, injustificado.

Si se entiende por interpretar, "...como señala su etimología, mediación, modo de transmitir o hacer conocer el pensamiento entre dos seres..." (407), es evidente que tal tipo de significado de la expresión "interpretar" impide que, en principio, una interpretación, sea - cual fuere, sea ilegal.

Si restringimos el contenido de la interpretación al campo jurídico, consistente en "...determinar por los signos externos el mandato contenido en la norma..." (408), el problema plantea otros aspectos.

Empleamos el término ilegalidad, no como prohibición legal de que se realice la interpretación, sino como prohibición legal de que tal interpretación goce de aplicabilidad general. En efecto:

Desde una perspectiva jurídica, y en un Estado mo--

---

(407) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil..., cit., pág. 495.

(408) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil..., cit., pág. 495.

derno, el problema de quien puede determinar el mandato contenido en una norma, debe quedar, en una primera fase, restringida a los siguientes posibles interpretes:

- 1- La doctrina de los autores.
- 2- La Administración pública.
- 3- El Parlamento.
- 4- Los Tribunales y Jueces, excluido el T.S.
- 5- El Tribunal Supremo.

- 1- La doctrina de los autores.  
.....

La doctrina de los autores es básicamente interpretación. El tratado, la monografía, el escrito jurídico - no son otra cosa que un intento de interpretar la norma, o el ordenamiento. La tarea doctrinal no acaba en ese -- punto; una vez fijado lo que la norma prescribe, se debe rá señalar la meta a alcanzar, y proponer la vía para al canzarla, pero eso es otro tema.

El autor no sólo puede, sino que debe interpretar - las normas, pero su interpretación solo tendrá al valor que su propio prestigio le conceda. No tendrá valor ni - tan siquiera para la resolución de un caso concreto, y - tampoco será de aplicabilidad general.

- 2- La Administración pública.  
.....

La Administración puede intervenir por dos vías en la interpretación, y ninguna de ellas es auténtica interpretación.

Como colegislador (empleamos este término en un sentido distinto del habitual, y que quedará claro inmediatamente), es decir proponiendo normas que más adelante el Parlamento transformará, de meros proyectos, en efectivas normas. Básicamente nos referimos a la posibilidad de iniciativa para proponer la aplicación de una Ley por él preparada, o bien mediante un Decreto-Ley - (en este caso la actividad de la Administración Pública es mucho mayor, quedando la misión del Parlamento -de una comisión del mismo-, en nuestro sistema jurídico reducida a apreciar las razones que justifiquen la urgencia de tal medida legislativa, o bien a rechazar en bloque).

En cualquiera de los dos supuestos (obviamos la mención de normas constitucionales, y leyes delegadas, pues nada apostarían a nuestro razonamiento, salvo un innecesario alambicamiento), si el ejecutivo pretende interpretar no será tal lo que hace, lo único que el ejecutivo -hará, será legislar. Legislar en un campo en el que no se había legislado, o modificar la legislación vigente, pero nada más (algunos ejemplos en lo relativo al artículo 42 del C.c. a este respecto se han señalado en II - 8 - a - 1).

En otras ocasiones la Administración pretende actuar como "legislador"; nos referimos básicamente a -- los decretos, Ordenes acordadas en las comisiones delegadas del Gobierno, Ordenes ministeriales y Resoluciones o acuerdos.

Dado que en lo relativo al artículo 42 del C.C. las dos vías empleadas habitualmente para su "interpretación" han sido las Ordenes ministeriales y las Resoluciones, -- nos centraremos en ellas.

Ya en su momento analizamos, casuísticamente el -- alud de Ordenes Ministeriales que han pretendido interpretar el artículo 42 del Código Civil. No volveremos -- sobre ellas, pero trataremos, una vez más, de situarlas en su lugar.

Las primera órdenes Ministeriales que interpretan el 42 surgen para resolver un caso concreto. No obstante su vocación de particularidad, se exhorbitó su alcance y pasaron a ser de aplicación general. Así pues, doble violación del sistema: de una parte interpreta quien no es competente para interpretar, de otra se aplica una solución particular a un problema general (este segundo punto, ya se vió, trato de ser resuelto con escasa fortuna, por ROMANONES).

De entre las órdenes Ministeriales <sup>que</sup> nacieron con vo-



cación de universalidad cabe destacar la del año 1941. Si en otros supuestos cabia excusar el intento de interpretar, el intento -logrado, desafortunadamente, en la práctica- de violentar no sólo el espíritu sino, incluso, la letra del 42, por la Orden de 1941, merece - muy duros calificativos. La Orden del 41 es contraria a la Ley, es ilegal, es nula de pleno Derecho; no se puede desprender otra conclusión que el grave peligro que plantea una situación de un poder ejecutivo hipertrofiado, que ocupa ilegítimamente <sup>ámbitos</sup> ~~ámbitos~~ jurídicos que no le corresponden.

La actividad resolutoria de la Administración Pública, en el campo del sistema matrimonial, ha venido monopolizada por la Dirección General de los Registros y del Notariado; sus Resoluciones las hemos ya estudiado (409); confrontándolas con las Ordenes Ministeriales hay que reconocer que no han caído en la ilegítima pretensión de ser de aplicación general directamente. La pretensión de obligatoriedad general se ha realizado - de una forma más sutil e inteligente: pretendiendo --- crear jurisprudencia. En efecto:

La continua cita en una Resolución de anteriores - resoluciones, recuerda al método empleado por la jurisprudencia para convertir en "doctrina legal" sus ante--

riores sentencias. La única diferencia es que las Resoluciones D.G.R. y N. no son jurisprudencia.

La más prestigiosa doctrina deja claro tal punto; así, ALBADALEJO dice con acierto: "...la jurisprudencia es sólo la que proviene del Tribunal Supremo, cualesquiera otras sentencias o decisiones del tipo que sea (resoluciones, acuerdos, órdenes, circulares, instrucciones etc.) procedentes de otros centros u organismos (Abogacía del Estado. Dirección General de los Registros y del Notariado, etc.) no son jurisprudencia" (410); en el mismo sentido -aunque refiriéndose específicamente a la doctrina legal- LALAGUNA afirma: "...no tienen valor de doctrina legal...las doctrinas contenidas en resoluciones de la Dirección General de los Registros, porque estas resoluciones no forman jurisprudencia en el sentido propio de la palabra..." (411). La autoridad de la doctrina sentada por el profesor DE CASTRO puede ser también traída a colación, en el mismo sentido "...no tienen valor de doctrina legal: a) Las opiniones de los autores, tratadistas y jurisconsultos, por muy respetables que sean, si no están admitidas en tal concepto por la jurisprudencia... c) Las órdenes del Poder ejecutivo y las circulares e instrucciones -

---

(410) ALBADALEJO, Manuel, Derecho Civil, cit., págs. 108 y 109.

(411) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., págs. 55 y 57.

dictadas por la Administración d) La doctrina sentada por los abogados del Estado e) Las resoluciones de la Dirección General de los Registros, "por respetables que sean, dada la cultura jurídica de aquél centro", - ni las "resoluciones de los centros directivos"...(412).

### 3- El Parlamento .....

Aunque no sea plenamente exacto, a nuestros efectos podemos identificar Parlamento y legislador (con las excepciones, antes señaladas, en las que la Administración Pública actúa como legislador).

En este sentido, no plantea ninguna duda que no corresponde -en nuestro sistema jurídico- al Parlamento -interpretar las normas, la misión que nuestro sistema encomienda al Parlamento es hacer las leyes, no interpretarlas. Cuando en 1958 el legislador fija su atención en el artículo 42 del C.c. no lo interpreta, lo modifica.

### 4- Los Tribunales ordinarios. .....

Los tribunales ordinarios ejercen una función interpretadora perfectamente legítima. Lo que ocurre es que, de una parte, tal función interpretadora solo puede ser realizada en la resolución del caso concreto y no con --

---

(412) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil., cit., pag. 563.

vocación de universalidad, y de otra parte su interpretación debe de tratar de ajustarse a la que adoptaría - el T.S. ante situación análoga, pues en caso contrario correría el riesgo de que su sentencia fuese revocada.- Ambos temas fueron tratados en el apartado anterior, y por eso no volveremos sobre ellos.

5- El Tribunal Supremo.

.....

Que corresponde al Tribunal Supremo interpretar - las normas y que la interpretación surgida como consecuencia de la resolución de un caso concreto adquiere una validez general por diversas vías, son dos hechos demostrados en el anterior apartado.

Sólo señalaremos que tal privilegiado lugar del - T.S. deriva no solo de las leyes (413), sino, y tal vez en mayor grado, de una decisión del propio T.S., como - ha señalado el profesor DE CASTRO: "...ha sido el mismo Tribunal Supremo el que de modo paulatino, ha ido imponiendo la superioridad de sus fallos, para, al fin, recabar el monopolio de la formación de la jurisprudencia o -como, con menos precisión, se dice- de la doctrina - legal.

---

(413) "El valor de la doctrina jurisprudencial reside - en la misión encomendada a nuestro más alto Tribunal de "formar, jurisprudencia" (art. 1782 L.E.C.)- ..." DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil..., cit., pág. 568.

Pronto empieza a destacarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a adquirir predominio sobre la de las Audiencias, sobre todo por su cometido de unificarla. Las cuestiones de competencia, por su especial carácter, permiten que se declare, más de una vez, que las sentencias del Tribunal Supremo de justicia, además de resolver las cuestiones concretas a que se refieren, deben servir de regla a los jueces en casos análogos.

En fin, la autoridad preponderante del Tribunal Supremo y el hecho de no publicarse las sentencias de los Tribunales inferiores, harán que el Tribunal Supremo reclame para si el monopolio de formar doctrina legal a los efectos de casación" (414), o más brevemente "La mayor eficacia de la jurisprudencia reside en la autoridad del Tribunal Supremo..." (415).

Los juristas deben dedicar su atención a esclarecer el contenido normativo, pues así colaborarán eficazmente con el T.S., a efectos de que esta pueda realizar la Justicia aplicando el Derecho, facilitándole nuevos instrumentos. Pero su interpretación solo será eficaz --

---

(414) DE CASTRO Y BRAVO, Derecho Civil..., cit., pág. -- 562. El subrayado es nuestro.

(415) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil., cit., pág. 570.

(legal, en el sentido en el que aquí hemos pretendido emplear el término) en la medida en que sea adoptada -- por el T.S. en que sea "jurisprudencializada" --valga -- la expresión--.

La Administración Pública, tiene una importante -- misión para lograr la aplicación de las leyes, debe --- transformarse ese proyecto de actuación, que toda Ley -- es, en algo operativo, mediante su desarrollo (p. ejem. mediante Ordenes Ministeriales); pero su labor es de -- mero desarrollo, no puede innovar, no puede violentar-- el contenido de la norma, no puede (es ilegal) contra-- decir el sentido de la norma interpretada (416), por -- quien corresponde, tiene, La Dirección General de los -- Registros y del Notariado tiene una misión muy especí-- fica que cumplir en la aplicación del 42 del C.c. --ya -- se vió en su lugar-- pero en sus resoluciones no puede -- apartarse de la interpretación que del mismo haya hecho el T.S.

El Parlamento, si no considera adecuado el sentido que el T.S. da a la norma, debe de reformar tal precepto, evitando la figura que permita la interpretación que el considera inadecuada. Pero eso no es interpretar.

---

(416) "...Lo que introduce en la realidad el oficio judicial no son sólo decisiones singulares, sino también precisiones normativas que, en relación con -- el sentido general de los textos legales "aplicados", constituyen en alguna manera nuevas normas". LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., pág. 103.

Los Tribunales ordinarios deben interpretar la ley al conectar la realidad fáctica con la norma jurídica. Pero no deben apartarse de la Jurisprudencia no solo -- por razones prácticas (evitar la casación), sino porque deben interpretar la norma, y la norma está formada por la Ley y la interpretación que de la misma haga el T.S.

Sólo queremos señalar que, en definitiva, cualquier interpretación es lícita en si misma; pero cualquier interpretación distinta de la realizada por el Tribunal -- Supremo, que es lícita, será ilegal (contraria al sistema jurídico) si pretende lograr una aplicabilidad general. Solo la interpretación que el T.S. haga podría pretender, en los términos vistos, ser de interpretación general.

#### c- Formas de interpretación de la Ley

No pretendemos, en este apartado, acometer la tarea de realizar un cuadro de las diversas teorías en torno -- a la interpretación, las diversas técnicas interpretativas, o las distintas clases de interpretación, Y ello -- por dos motivos: de una parte constituye un trabajo que tiene escaso interés directo en nuestra tesis; de otra -- parte, tal trabajo ha sido realizado en reiteradas ocasiones por la doctrina, y nada nuevo aportaríamos (417).

(417) Puede verse un lúcido y breve resumen de tales aspectos en DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Compendio..., cit., págs. 101 y ss.

Lo único que pretendemos realizar aquí, es el explicar un hecho. Partiendo de la necesidad de interpretar el término "profesar..." del artículo 42 del C.c., y del hecho -demostrado en los dos anteriores epígrafes- de que tal misión interpretadora corresponda, en nuestro sistema jurídico, al Tribunal Supremo. Es un hecho, que alguna razón debe justificar la existencia de interpretaciones diversas de un mismo término, y por la misma institución.

El T.S. ha interpretado la expresión "profesar..." como se verá en el siguiente capítulo, y la ha interpretado de diversas maneras. Señalar cuales pueden ser las razones, de carácter general, que motiven interpretaciones diversas, por un mismo organismo, y de un mismo término, es la tarea que ahora pretendemos acometer.

Un buen punto de partida para nuestro razonamiento puede ser el conjunto de afirmaciones contenidas en el siguiente texto de DIEZ-PICAZO:

"...Todo, Juez..., al mismo tiempo que trata de adaptar a cada caso concreto los criterios de decisión anucleados en las normas, se convierte en el portavoz - o, si se prefiere, en el oráculo -es decir, en el intérprete- de un conjunto de formulaciones de valor vigentes de la comunidad en que él vive piensa y decide que es más justo y más benigno entender la norma equis de una -



determinada manera y, por lo tanto, decidir el caso -- concreto planteado de una determinada manera, porque -- así lo exigen esas formulaciones de valor vigentes en un mundo en el cual el participa. Y, si no nos engañamos, esa es la única instancia que legítima y justifica el conjunto de normas y decisiones: las creencias y las convicciones tenidas por válidas en una determinada comunidad" (418).

Como señala DIEZ-PICAZO, los dos grandes soportes en los que el juzgador debe apoyar su labor interpretativa son la norma y la moral vigente. Tratemos de precisar el contenido de ambos soportes (que, tal vez, no son más que uno solo).

El no jurista, al enfrentarse a la expresión norma jurídica, tiende -en nuestro mundo jurídico- a identificarla con precepto escrito. La primera actitud del jurista, ante tal identificación, es rechazarla de plano; pero tal actitud es igualmente errónea. La norma no es sólo el precepto escrito, pero no es algo ajeno al precepto escrito.

No pretendemos defender un estéril e inoperativo - legalismo ("ita scriptum est"), pero nuestro desacuerdo

---

(418) DIEZ-PICAZO, Luis, Prólogo a LALAGUNA, Enrique, -- Jurisprudencia..., cit., págs. 13 y 14.

con un legalismo no se puede transformar en una defensa a ultranza de un radical sistema de "derecho libre".

La Ley (en el sentido de disposición positiva escrita), es un elemento básico que el juez en su cotidiana tarea no puede ignorar. La Ley de Enjuiciamiento civil, el Código Penal y la Ley de Arrendamiento urbanos, pueden no ser el Derecho, pero sin duda, son Derecho.

Lo primero que el juez debe buscar es la Ley aplicable al caso controvertido, lo primero que el Juez debe hacer, cuando se solicita su intervención para anular un matrimonio civil en razón de que una de las partes - profesaba el catolicismo, es abrir el volumen en el que esté recogido el Código Civil por la página en la que - esté el artículo 42 de dicho Código. Encontrado tal precepto, comenzará la labor creadora de la jurisprudencia, pero el encontrar el artículo 42 es un paso previo a -- cualquier tarea posterior. El Juez no puede ignorar que en un lugar de la legislación vigente (el Código Civil), existe un precepto (el artículo 42) que es aplicable al caso controvertido.

La primera tarea del juzgador es encontrar la norma aplicable, y una vez encontrada tratar de desentrañar el contenido de la misma. Esa norma siempre requerirá de una interpretación; tal vez sea cierto que "in claris --

non fit interpretatio", pero ¿Se produce en algún caso esa claridad? ¿Puede el legislador? con antelación -incluso de siglos -plantearse un supuesto de hecho futuro y resolverlo con toda claridad?. Creemos que se nos concederá que la respuesta adecuada es la negativa.

Una vez localizado el precepto aplicable es necesario descubrir "...el sentido objetivo de la norma en su original designio, esto es, en su ratio legis..." (419); como ha señalado el profesor DE CASTRO; "Antes de intentar averiguar el sentido de una norma que la exteriorizan, que es lo que se estima como la esencia de la norma... La esencia de la Ley, lo que le dá valor jurídico en su ratio, que determina su vis directiva. El contenido de la Ley se centra, realmente, en su fin jurídico, -esto es, en el fin inmediato o propósito organizativo -concreto propuesto y en el fin mediato, general e implícito de dictarse para el bien común y para la mejor realización de la justicia" (420)

Lo que el juez debe buscar en la norma es su sentido, ya que "La norma jurídica -y en especial la ley- es una regla que contiene un sentido, y un sentido jurídico propio..." (421). Pero no basta con descubrir -¿intuir?- el sentido del precepto aislado. No basta con --

---

(419) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., pág. 159.

(420) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil..., cit., págs. 512 y 513.

(421) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil..., cit.,

descubrir, en nuestro ejemplo que el artículo 42 del - Código Civil establece que entre los súbditos del ordenamiento español algunos tienen vedado el acceso al matrimonio civil (y que esto lo dice el artículo 42 no - ofrece, para nosotros; ninguna duda); será necesario - además determinar quienes son esos súbditos. Y eso no se puede -no se debe al menos- deducir del mero análisis del artículo 42.

Un precepto legal no es un compartimiento estanco aislado del resto, es un elemento (para el caso concreto, en el que resulta aplicable, de gran importancia), de una realidad, no solo sociológica- que esto se verá más adelante- sino meramente legislativa. Es esto lo - que quiere decir sin duda LALAGUNA cuando habla de --- "...la interna vinculación de la norma al sistema jurídico, <sup>incesantemente</sup> ~~incesantemente~~ renovado por la acción directa del poder legislativo..." (422). Y esto no requerirá - de ulteriores precisiones si volvemos a nuestro ejemplo.

El Juez de 1966 y el de 1968 que tienen que resolver un problema que atañe al artículo 42 del C.c. no resolverán de la misma manera. Su cambio de actitud resolutoria no se deberá a un cambio en el entorno sociológico del que participa, eso influye pero requiere más de

---

(422) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., pág. 159.

un bienio; su cambio de actitud será, más simplemente, consecuencia de un cambio legislativo. El artículo 42 del Código Civil es el mismo en 1966 y 1968, no se ha producido ningún cambio en la legislación reguladora - del sistema matrimonial español. Pero la Ley 44/67 ha introducido un nuevo elemento en la legislación española; la libertad religiosa(aunque limitada), que necesariamente influye en la interpretación jurisprudencial.

Pero no basta con descubrir la norma aplicable, de sentrañar su contenido y ponerla en contacto con el resto de la legislación; hay que ponerla en contacto con - el ordenamiento.

Una vez más debemos acudir al profesor DE CASTRO, - para evitar largas explicaciones?que él, magistralmente, resume en pocas palabras.

"...el sentido de una ley no está creado sólo por ella, sino que resulta de su puesto en el ordenamiento; lugar y significado tampoco fijos o invariables, sino - que pueden cambiar, en función de la situación actual - de la norma en el ordenamiento jurídico.

Esta variabilidad de la interpretación no es una - invención anarquizante de la escuela del Derecho libre, sino que resulta de la propia naturaleza del Derecho. - La autoridad que da valor a la ley no es la del antiguo

soberano, sino la de quien le mantiene hoy en vigor; - la razón justifica la ley no es él por qué se diera en el momento de su promulgación, sino el valor que tenga y conserve en el ordenamiento actual, aquello en que - pueda continuar sirviendo al bien común y a la Justi-- cia.

La interpretación de la ley no es una investigación histórica, y es necesario reconocer que el sentido de - una ley puede variar; pero esta variación no es presumi ble ni admisible arbitrariamente; el principio de seguridad jurídica mantendrá el sentido originario, aceptado en la vida jurídica, y sólo se admitirá su sustitución por otro cuando sea impuesto por nuevas leyes o -- por principios superiores...

...Mediante la interpretación se busca el fin jurí dico (sentido normativo) de la ley; como ésta no es un fin en si misma, sino parte del plan jurídico para la - organización de la sociedad, se debe investigar el fin- que tiene o le corresponde en el ordenamiento, considerado éste en su totalidad; no sólo el fin inmediato de la norma, sino también el mediato o general (servir al bien común)...

El único procedimiento interpretativo adecuado a la naturaleza de las normas es, pues, el finalista o -

teológico; que, además...es...el más respetuoso hacia la autoridad del legislador..." (423).

"...Para determinar la regla jurídica aplicable - será, pues preciso tener en cuenta la unidad del ordenamiento jurídico y que ni los artículos de un texto - ni las leyes pueden entenderse ni aplicarse aisladamente, que hay que tener en cuenta todo el Derecho positivo vigente, en relación y dependencia respecto a los - principios jurídicos fundamentales" (424). "En nuestro Derecho y según la "política de Derecho", se hará conforme a los principios del Derecho natural..." (425).

Nada tenemos que añadir.

Junto a la norma (la ley es el ordenamiento), un - segundo soporte, diríamos, sirve de base a la labor interpretativa del juzgador: la <sup>moral</sup> ~~norma~~ vigente.

Entendemos la moral vigente en el sentido de costumbre (mor, moris), de conjunto de valores vividos -- por una comunidad en un momento dado. En realidad la - separación entre norma y moral no es exacta, y solo se rá válida por razones metodológicas. (No nos referimos solamente a la "legalización" de una forma de vida, a

---

(423) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil..., cit., págs. 513-515.

(424) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil..., cit., pág. 512.

través de la costumbre. La moral vigente forma parte - del ordenamiento en su devenir, siquiera sea como impulsor).

El juzgador, al interpretar, no puede olvidar ese conjunto de valores vividos en una comunidad en un momento dado. Como señala, con acierto, LALAGUNA "[La - actividad interpretadora viene condicionada por...]...la posición crítica del intérprete, que se define no solo en función de su educación jurídica y de las características técnicas propias de un oficio sino también en función de la estructura social en la existencialmente se halla inmerso" (426), y añade: "...El intérprete encuentra...inicialmente centrada su labor en...comprobar si la significación original de la norma ha sido o no objetivamente alterada por efecto de cambios sobrevenidos en el orden social o en el orden jurídico..." (427)

Pero el que señalemos la importancia de la moral social como elemento integrador de la actividad jurisprudencial, no implica que caigamos en la frecuente equivocación de subordinar la Ley y el Juez al sentir de cada momento.

---

(425) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho Civil..., cit., nota 2 en la pág. 512.

(426) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., pág. 159.

(427) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., pág. 160.



El Derecho no es el resultado de una labor estadística y el Juez no es el encargado de elaborar tal estadística. No negamos la importancia que pueda tener la consulta a los miembros de una comunidad acerca de su sentir frente a una regulación jurídica concreta, - su posterior objetivación numérica, y su tabulación para hacerla operativa. Pero eso será útil para el legislador, no para el Juez. Nos oponemos a confundir el Derecho (y otras muchas cosas) con la estadística; no solo porque, como dijera DISRAELI, "Existen tres tipos de mentiras: mentiras, grandes mentiras y estadísticas", sino porque existen unos valores superiores (sean cuales sean) a los que el Derecho debe tender.

En definitiva, el interprete de la ley debe de realizar todo un amplio conjunto de tareas integradoras. - Comprendido el supuesto de hecho que debe juzgar, pasará a buscar la disposición aplicable a tal caso, y una vez encontrada pasará a ponerla en contacto con el supuesto de hecho; pero esa conexión no es automática, - el precepto no regula -nunca- el supuesto de hecho exacto. Debe interpretar, debe descubrir qué es lo que el precepto pretende decir hoy con respecto a la regulación de tal supuesto de hecho; para ello se deberá desentrañar el contenido de la norma, empleando diversos elementos: el propio texto de la ley, las interpretaciones anteriores de ese mismo precepto, el conjunto de normas

que tienen relación directa con el precepto aplicable, - la totalidad del ordenamiento y el espíritu que de él - se desprende, el contorno sociológico real en que se -- ha desenvuelto el supuesto, de hecho, etc. No son esos - elementos aislados, su intercomunicación es múltiple, -- pero todos ellos -y otros muchos- deben ser tenidos en cuenta por el juzgador; para que así mediante la aplicación del Derecho, se logre la finalidad del Derecho: la Justicia.

d- La reforma del Código Civil de 1958; posible decisión del legislador de encomendar a la jurisprudencia la fijación del sistema matrimonial.

Este epígrafe tal vez aparezca en un lugar, a primera vista, inadecuado. En apariencia debería de haber figurado en el anterior capítulo. Creemos, no obstante que su ubicación quedará suficientemente justificada en las próximas líneas.

En el aspecto que a nosotros interesa, la antigua redacción del artículo 42 del C.c. decía:

"...el [matrimonio] canónico [es el] que deben contraer todos los que profesen la religión católica..."

Y después de la reforma del 24 de abril de 1958 - pasa a decir:

"El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica.

Se autoriza el matrimonio civil cuando se prueba que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica".

Creemos como ya se ha afirmado con anterioridad, - que la modificación del texto no supone ningún cambio - esencial en el precepto, y de eso precisamente se deriva una pregunta, que justifica la situación de este apartado en el presente capítulo y no en el anterior: ¿Como se explica que el legislador perpetue el término "profe-sar", cuando, sin duda, es perfectamente consciente de - las dificultades que ha planteado en las siete décadas - anteriores la interpretación de tan controvertido término?

Cualquier respuesta que ahora podamos dar a tal - pregunta carecerá de la certeza que nos agradaría pu--diese tener. Más que una respuesta, será una opinión.

Suponer que el legislador mantiene tal expresión - por no haber reparado en las dificultades que ella a---carrea, es, sin duda, inexacto. El problema se plantea, pensamos, en otros términos.

Dos tipos de respuestas se pueden dar a la pregunta

planteada, ambas partiendo de la consciencia de que el término "profesar", plantea indudables problemas interpretativos:

1- El legislador no puede establecer un sistema de mayor claridad, por razones del contexto sociológico e histórico en que se desarrolla su actividad.

2- El legislador, que es consciente de la ambigüedad del término, lo perpetua puesto que decide dejar -- en manos de otro la fijación exacta del sistema matrimonial.

Tratemos de ampliar ambas respuestas.

En el primer supuesto, el legislador es consciente de que la utilización del término "profesar" supone una inconcreción, pero no tiene otra posibilidad que mantenerla, por los siguientes motivos. Recordemos que nos encontramos en 1958, que faltan diez años para la Ley de Libertad Religiosa (Ley, ya se vió, que ni establece un sistema de plena libertad religiosa, ni es recibida -- con especial satisfacción por muchos miembros de las Cortes), que hablar de libertad religiosa en España es similar a violar la esencia misma del Estado. En definitiva, que la tesis vigente en materia de actitud del Estado frente a las religiones no católicas es la de tole--rancia. No entraremos en el contenido exacto de la doc-

trina de la tolerancia, baste con decir que supone una especial protección de la religión católica, que no -- llega a prohibir otras religiones, pero que se limita a admitirlas como un mal menor.

Con tal situación parece claro que un sistema de -- matrimonio civil obligatorio es absolutamente contrario a la especial protección que una determinada confesión religiosa (la católica, en nuestro caso), debe merecer en un sistema de tolerancia. La solución contraria: sistema de matrimonio religioso obligatorio, debe ser también rechazada. Ya que, si bien un sistema de toleran-- cia lleva consigo la especial protección a un culto concreto, ello no supone el ignorar las restantes confesiones. Las restantes confesiones religiosas no están en -- plano de igualdad con la católica, pero no están prohibidas, están admitidas. El obligar a todo ciudadano español, que desee contraer matrimonio, a celebrarlo canónicamente, sería contrario a un sistema de tolerancia -- siendo por otro lado evidente que la propia Iglesia no admitiría al matrimonio canónico a dos no bautizados.

Excluidos los dos sistemas límites, pasemos a estudiar los intermedios (en la clasificación tradicional) -- en conexión con un sistema de tolerancia.

Un sistema plenamente facultativo (reconocimiento -- de efectos civiles al matrimonio canónico, pero con ple-

na libertad para celebrarlo canónica o civilmente) tal vez desde una perspectiva actual (1977) no aparezca obviamente contrario a un régimen de tolerancia. La especial protección a la confesión católica, vendría garantizada por el hecho de ser el matrimonio canónico el único matrimonio reconocido. La admisión de las restantes confesiones religiosas, vendría reflejada en el hecho de que los no católicos (y los católicos que así lo desearan) podían contraer un matrimonio no canónico (el civil). Desde una perspectiva de 1958 esto no es, tal vez, tan evidente. La exigencia de una especial protección a la religión católica no puede quedar reducida el hecho del reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico, es necesario que quede garantizado, por el ordenamiento estatal, que todo católico venga obligado a contraer matrimonio canónico.

De lo anterior podría deducirse que el sistema matrimonial adecuado sería el de matrimonio civil subsidiario. Trataremos de exponer las razones que, posiblemente, impulsaron al legislador a no establecer con toda claridad un sistema de matrimonio civil subsidiario. Las razones son de dos tipos: técnicas y de política legislativa.

Establecer un sistema de matrimonio civil subsidiario no es tarea técnicamente fácil; la solución óptima, en apariencia, es realizar una remisión al ordenamiento

canónico encuan<sup>to</sup> a quien debe contraer matrimonio canónico; pero tal tipo de remisión plantea siempre problemas graves. La solución, en apariencia, clara es la que pretendió establecer la Orden de 1941: todo bautizado deberá contraer matrimonio canónico. Pero tal tipo de solución lleva a un resultado absurdo: el ordenamiento civil obliga a contraer matrimonio en forma canónica a personas que están dispensadas de tal forma - por el propio ordenamiento canónico.

Pero junto a estas dificultades técnicas, que pensamos que el legislador hubiera podido solucionar, existen otras de mayor peso, a las que llamaremos de política legislativa.

El legislador es consciente de que "La práctica ha impuesto un creciente respeto hacia el texto del Código Civil, [y de que] las modificaciones no se hacen periódicamente...sino que se deben, casi siempre, a causas -- concretas y urgentes..." (428). Que si el ordenamiento jurídico es dinámico, el texto legislativo tiende a ser estático.

---

(428) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Compendio..., cit., -  
pág. 51.

El legislador de 1958 es consciente de que la instauración de un sistema de libertad religiosa es algo, - próximo o lejano, que tiene que llegar. Y sabe que tal instauración no se produce en un momento dado, sino que es un proceso de progresiva adaptación de las normas. - No quiere recoger con toda claridad un sistema matrimonial inequívocamente unido a un régimen de tolerancia - -(por otra parte: ¿Cómo reflejar en un texto legislativo, con toda claridad, una idea como la de tolerancia?)- pues es consciente de que tal sistema cambiará.

El legislador mantiene la misma ley, pero tratando de convertir a ley ambigua en ley flexible, (429), que - la permita adaptarse a las circunstancias cambiantes.

---

(429) "...se debe distinguir la formulación imprecisa que informa la ley de contenido incierto (ley ambigua) de la formulación imprecisa que informa la ley de contenido indeterminado (ley flexible). La primera entraña cierta contradicción al fin propio de la obra legislativa porque, con un dudoso significado, la ley se cierra a sí misma posibilidades de eficacia en cuanto no alcanza su natural grado de practicidad. Contrariamente, la norma de contenido indeterminado se ajusta a la finalidad de la ley, en cuanto la naturaleza de la materia regulada postula una conexión directa con la realidad, que lógicamente no se puede establecer desde el nivel de generalidad de la ley. La norma de contenido indeterminado tiene un significado cierto; lo incierto en ella no es su contenido sino la determinación de los supuestos reales en que la norma (de significado claro) debe aplicar. Todas las normas cuyo supuesto de hecho se define en función de una línea (siempre imprecisa) de la conducta humana se enuncian con fórmulas de contenido indeterminado sin las cuales no se podría alcanzar el fin de la ley en cuanto este depende de una valoración directa de acontecimientos o comportamientos concretos". LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., págs. 204 y 205.



Así pues, llegamos a la conclusión de que el legislador de 1958, consciente de la inconcreción del término "profesar...", lo mantiene precisamente por eso (430), - por su inconcreción, ya que amparándose en su flexibilidad se podrá hacer evolucionar el sistema.

Surge así una pregunta -que nos hace enlazar con el segundo grupo de respuestas señaladas al principio de -- este capítulo-: ¿A quien encomienda el legislador la tarea de hacer evolucionar el sistema matrimonial a medida que lo requieran las circunstancias?,

---

(430). "La frase "profesar la religión católica" gramaticalmente ambigua, ha albergado muy distintas intenciones legislativas desde la promulgación del Código Civil. Inicialmente, esa frase hace del artículo 42 de Código la cuerda floja de nuestro sistema matrimonial. El artículo 42, fruto de una transacción lograda en un clima de tensiones políticas, - es en su origen una norma ambigua, que provoca interpretaciones divergentes y a veces contradictorias. La Orden de 10 de marzo de 1941 viene a identificar el concepto "profesar la religión católica" con el hecho de la recepción del bautismo en la -- Iglesia, sin atender a valoraciones de conducta -- confesional, con lo que el precepto se convierte -- en una norma rígida. Con la reforma del Código por ley de 24 de abril de 1958, el artículo 42 se precisa en su contenido indeterminado cuya aplicación se hace depender en buena medida de la función crítica del Encargado del Registro Civil". LALAGUNA, - Enrique, Jurisprudencia..., cit., págs. 205 y 206.

El problema de hacer evolucionar el sistema matrimonial, queda convertido en otro distinto: interpretar el término profesar.

La interpretación queda encomendada, según ya se -  
vió en este mismo capítulo, al Tribunal Supremo.

Pensamos que el legislador de 1958 ha actuado con -  
los siguientes criterios conservar el término "profesar",  
y que a su aplicación al caso específico colabore el En-  
cargado del Registro (431), que vendrá orientado -por --  
las razones que más arriba se indicaron- en su tarea por  
el Tribunal Supremo. Y no se diga que tal sistema condu-  
cirá a contradicciones interpretativas ya que, como ha -  
dicho LALAGUNA "...se puede afirmar que todas las normas  
de contenido indeterminado que dejan abierto un margen -  
muy amplio de valoración de la realidad al juzgador,...-  
no crean propiamente un riesgo de interpretaciones contra-  
dictorias si se admite que las variaciones que necesaria-  
mente se han de producir en el campo de aplicación de la  
ley no están determinadas por el significado incierto de  
la norma sino por los cambios que la realidad social in-  
troduce en el contenido de la norma o en los criterios -  
para su valoración" (432).

---

(431) Vid. nota anterior.

(432) LALAGUNA, Enrique, Jurisprudencia..., cit., págs.-  
207 y 208.

En resumen, y en nuestra opinión, el legislador de 1958 pretende establecer un sistema de matrimonio civil subsidiario encomendando al Tribunal Supremo la tarea - de fijar el grado de subsidiariedad, tomando como elemento clave en la fijación de tal grado el momento histórico-sociológico. Repetimos, la libertad del T.S. no es total, el único sistema matrimonial aplicable en España con el texto del artículo 42 del C.c. vigente es - el subsidiario, la libertad se da en cuanto al grado de subsidiariedad, y no se confunda libertad con discrecionalidad absoluta, pues el Tribunal Supremo debe interpretar el término "profesar del artículo 42 del C.c. atendiendo su interpretación a las circunstancias específicas del caso concreto, y a las circunstancias generales que existan en el momento de aplicación de la norma.

IV - LA INTERPRETACION DEL TERMINO "PROFESAR LA RELIGION  
CATOLICA" DEL ARTICULO 42 DEL CODIGO CIVIL.

La II República había introducido en la legislación española una figura completamente nueva: el divorcio (433). Asimismo privó de efectos al matrimonio canónico (434), - situación también nueva en el sistema normativo español, - salvo el breve paréntesis abierto con la ley de 18 de junio de 1870 (435).

Una de las primeras preocupaciones del bando vencedor en la guerra civil fué, el desmontar el sistema jurídico elaborado por la República. Ello se logró mediante - una legislación precipitada y muy defectuosa técnicamente (436).

En un periodo de tiempo inferior a una década la legislación matrimonial española va aparecer y desaparecer -y esto con notable imperfección técnica- dos instituciones esenciales para la conformación del Derecho de familia: el matrimonio civil obligatorio y el divorcio. Cualquier cambio legislativo brusco supone un aumento de la actividad jurisprudencial sobre la materia modificada, - si este cambio es doble y de sentido contrario será fácil comprender la abundancia de jurisprudencia sobre la materia, así como el hecho de que la actividad relativa a ma-

---

(433) Ley de 2 de Marzo de 1932. Vid supra: II-A-d.

(434) Ley de 28 de junio de 1932. Vid. supra: II -A-d.

(435) Vid supra: II -A-b.

(436) Vid supra: II -B-a-1.

rimonios contraídos en tal época, llegue hasta nuestros días.

La jurisprudencia matrimonial del T.S. de las últimas cuatro décadas está formada en una gran parte por sentencias relativas a situaciones jurídicas surgidas al amparo de una legislación más tarde desaparecida. Existe, aunque no muy numerosa, una jurisprudencia que incide en el tema central de este trabajo: la interpretación del término "profesar...", su análisis pormenorizado será realizado más adelante, pero junto a ella una jurisprudencia matrimonial no específica sobre tal extremo permite delinear la actitud de nuestro más alto Tribunal ante la institución matrimonial. Al análisis de tal jurisprudencia estarán dedicadas las próximas páginas.

A - La jurisprudencia matrimonial desde 1938 hasta 1977.  
=====

La desaparición de la institución del divorcio supuso casi inmediatamente un conjunto de problemas a los que trató de hacer frente el legislador (437), sin conseguir en ocasiones, otra cosa que aumentar la confusión al respecto. La jurisprudencia relativa a este extremo es abundante y se extiende desde los primeros momentos postbélicos hasta la actualidad.

---

(437) Vid supra: II - B - a - 1.

Las primeras sentencias sobre la materia -S.T.S. - 26-IV-40, S.T.S. 28-XI-40 y S.T.S. 12-III-42- están encaminadas a señalar la imposibilidad de tramitar demandas al amparo de la ley de Divorcio. En fecha reciente se sigue aludiendo al tema: "...nuestro sistema legislativo imperante en materia de matrimonio, es absolutamente opuesto a la disolubilidad del vínculo, sin que contra ello pueda prevalecer la L. 2 marzo 1933, que ha sido derogada..." (438).

La declaración de nulidad de sentencias de divorcio plantea también algunos problemas a los que tiene que hacer frente el T.S., así por ejemplo cuando declara que - "...es obligatorio para la Audiencia... dictar sentencia declarando la nulidad de la del divorcio o la disolución de la unión civil, y no puede declarar otra cosa..." (439).

La eficacia de sentencias de divorcio cuya declaración de nulidad no se ha solicitado es tema que también es planteado, y así el T.S. declara en sentencia de 16-VI-44 que la partición de bienes realizada con motivo de un divorcio en 1933 debe ser respetada. La validez de la sentencia de divorcio de matrimonio canónico es reconocida - directamente en S.T.S. 31-V-54. Y en el mismo sentido ---

---

(438) S.T.S. 5-IV-66.

(439) S.T.S. 17-III-51.

S.T.S. 4-VI-64 al declarar que no produce efectos civiles el matrimonio canónico seguido de divorcio durante la II República, siempre que no se haya solicitado la nulidad de la sentencia de divorcio (440). Incluso a las sentencias de divorcio no ejecutadas se les conceden algunos efectos, así por ejemplo en S.T.S. 4-V-65, que considera disuelta la sociedad de gananciales después de haberse dictado sentencie de divorcio (en 1933), aunque no fuese ejecutada. La posible eficacia de efectos de prueba de adulterio, de una sentencia de divorcio que así lo declaraba, viene señalada en S.T.S. 14-I-56. La no absoluta retractividad en el caso de declaración de nulidad de la sentencia de divorcio es recogida en S.T.S. 17-I-62.

Algunas precisiones acerca del art, 6 de la ley de 8 de mayo de 1939 vienen realizadas en S.T.S. 6-VI-45, S.T.S.-15-III-69 y S.T.S. 25-X-72.

El T.S., en casación en S.T.S. I-XII-54, declara la nulidad de la sentencia de separación dictada durante la II República al amparo del art. 1º de la ley de 23 de septiembre de 1939.

En sentencia de 18-III-54 el T.S. declara que no podrá ser reconocido como hijo natural el concebido por varón divorciado civilmente de matrimonio canónico, ya que

---

(440) Un comentario a esta sentencia puede verse en: --  
DIEZ-PICAZO, Luis, Estudios..., cit., págs. 32 y ss.



el matrimonio canónico subsiste a pesar de dicho divorcio; y todo ello sin indicar que la sentencia de divorcio hubiese sido anulada, lo que permite suponer que no lo ha bía sido. Parece que el no conceder eficacia a tal senten cia de divorcio supone una contradicción con respecto a - otras sentencias -analizadas más arriba- que sí la conce den. Y desde luego está en contradicción con S.T.S. 5-VI-50 que declara la inexistencia del delito de abandono de familia ya que existía una sentencia de divorcio no anula da con posterioridad.

La posibilidad de que se conceda la nulidad de un - matrimonio civil, sin que se conceda la de la sentencia de divorcio canónico que lo posibilitó, es admitida en - S.T.S. 26-IV-43.

La derogación de la ley del Divorcio da, pues, lugar a una jurisprudencia bastante numerosa. Jurisprudencia -- que supone en muchos casos la concesión de una cierta --- eficacia a sentencias de divorcio, y ello aunque previa-- mente hubiesen sido declaradas nulas.

Una fuente habitual de problemas en el ámbito del -- Derecho de familia está constituida por la introducción - de un elemento extranjero. Bien que uno de los contrayen-- tes sea extranjero; bien que el matrimonio se celebre --- fuera del territorio nacional, ya sea entre nacional y ex

tranjero, ya sea entre nacionales; bien la decisión de un tribunal extranjero de conceder un divorcio; estos - y numerosos casos más suponen graves dificultades para la aplicación del Derecho español. El T.S. ha debido de resolver estos problemas de Derecho Internacional Privado, bien aplicando las soluciones legisladas, bien supliendo las lagunas legislativas.

Las primeras sentencias, en materia matrimonial, del periodo estudiado por nosotros, en las que hay un elemento de extranjería, presentan junto a este problema el analizado en las líneas anteriores: derogación de la ley de Divorcio.

La S.T.S. de 12-III-42 declara la invalidez de divorcio en el extranjero de matrimonio canónico aún a pesar de "...que al ser planteada la demanda en octubre de 1932 había sido incorporado a nuestro derecho el divorcio vincular..." y ello porque "...la legalidad entonces vigente ha sido derogada por la ley de 23 de septiembre de 1939 que restableció las normas del Código Civil referentes al matrimonio y divorcio, y a esta Ley habría de darse en el caso de autos efecto retroactivo por el sentido que la inspira, como afectada por el orden público".

La S.T.S. de 23-II-44 señala la posibilidad de disolver uniones civiles de personas divorciadas de anterior matrimonio canónico al amparo de la ley de Divorcio; incluye también los supuestos en que uno de los cónyuges es

extranjero. Doctrina en que se ratifica el propio tribunal en S.T.S. 12-V-44.

Con respecto a los posibles efectos de sentencia de divorcio dictada por tribunal extranjero durante la vigencia de la Ley del Divorcio, encontramos una postura más flexible en S.T.S. 13-III-69, con motivo de un doble recurso de casación a sentencia de la audiencia sobre -- juicio de nulidad de adopción.

La Sala de lo Penal del T.S. ha tenido que plantearse en numerosas ocasiones temas relativos a la validez de matrimonios en razón de que tal hecho es requisito para -- la existencia de determinados delitos: bigamia, parricidio, abandono de familia, etc. Es un hecho que la validez y subsistencia de un vínculo matrimonial es cuestión ajena a la jurisdicción penal y por ello el T.S. no entra a resolver tal extremo.

En S.T.S. de 6-VI-45 se resuelve --desestimando-- un -- recurso de casación por inaplicación de precepto legal, -- contra sentencia de la Audiencia absolutoria del delito -- de bigamia y promovido por el Ministerio Fiscal. El hecho que se plantea es la existencia o no de tal delito al contraerse matrimonio canónico existiendo un matrimonio civil anterior celebrado en el extranjero; el procesado es absuelto por falta de dolo, sin que se entre a analizar -- la posible invalidez del primer matrimonio. Otro supuesto

en el que tampoco es planteable la validez o invalidez - de un matrimonio es el recogido en S.T.S. 17-IV-56 en recurso de casación contra sentencia resolutoria de juicio sobre litis expensas; el supuesto es en este caso, un matrimonio celebrado en el extranjero por divorciada de canónico.

En S.T.S. 29-IX-61 se declara nulo un matrimonio celebrado en Bulgaria conforme al rito judío por no alegar que la legislación búlgara concede efectos civiles a un matrimonio religioso -el Derecho extranjero debe ser probado-. Lo que supone que no se considera nulo el posterior matrimonio civil celebrado en España.

La S.T.S. 14-XI-63 declara la nulidad por defecto - de forma de un matrimonio civil contraído por españoles en el extranjero. El defecto alegado es el no haberse -- contraído ante el funcionario indicado en el art. 100 -- C.C., sin entrar "...a examinar la aplicabilidad del derecho vigente en 1914 [fecha en que se contrae] acerca de la obligación de contraer canónicamente aquellos que profesan la religión católica" (441).

La nulidad e inexistencia de un matrimonio civil por

---

(441) ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, El sistema..., - cit., pág. 958. Puede verse un amplio comentario de esta sentencia en DIEZ-PICAZO, Luis, Estudios..., -- cit., pág. 27.

defecto formal es problema planteado también en el proceso que finaliza con S.T.S. 2-XI-65. (442).

Otros casos de sentencias del Tribunal Supremo relativas a Derecho Matrimonial en las que existe un elemento extranjero son las de 29-V-70 y 7-III-72.

Como ya se señaló en otro lugar (443), desde la promulgación de la Ley de matrimonio civil y hasta su derogación el único matrimonio que producía efectos civiles era el matrimonio civil. Pero, sin embargo, el hecho de que no se concediesen efectos civiles al matrimonio canónico no implicó que se celebrasen varios de ellos; si iban seguidos de un matrimonio civil -entre los mismos -cónyuges, se entiende- no planteaba ningún problema. Los problemas surgían cuando el matrimonio canónico era el -que se contraía exclusivamente. Dichos matrimonios no tuvieron ninguna relevancia en su momento -ello es evidente sin embargo más tarde se les concedió validez. No vamos a exponer cual es la solución legislativa que se dió pues ya ha sido mencionada, aunque fuese tangencialmente, más arriba. Nos limitaremos a señalar las sentencias del T.S. más importantes que inciden sobre el tema.

El ámbito de aplicación de art. 2º de la L. de 12 de

---

(442) Un comentario a la misma puede verse en PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, Matrimonio..., cit.

(443) Vid. supra II - A - d.

marzo de 1938 viene descrito en S.T.S. 31-III-64.

"...al disponer el art. 2º de la L. de 12 de marzo de 1938 que "los matrimonios canónicos celebrados durante la vigencia de la de 28 de junio 1932 producirán todos los efectos civiles desde su celebración", no limitó su eficacia y alcance a los que afectasen a la validez del vínculo contraído, relaciones paterno-filiales o de índole puramente familiar, sino que extendió su contenido a cuantos derechos y obligaciones regulaban dicha institución el Derecho Civil común o foral, con anterioridad a la promulgación de la norma que dejaba sin vigor..."

Una S.T.S. de 24-II-58 desestima un recurso de casación por infracción de ley, interpuesto contra sentencia de la Audiencia absolutoria del delito de abandono de familia. El matrimonio ante el que nos encontramos es un matrimonio canónico celebrado el 16 de mayo de 1935, por lo tanto un matrimonio que no tuvo ninguna eficacia civil en el momento de su celebración. Sin embargo, no es ésta la causa aducida -la inexistencia civil de tal matrimonio religioso en el momento de su celebración- para afirmar la inexistencia del delito. Ante esto se puede afirmar que -tal matrimonio es válido para el T.S.

Una solución idéntica es adoptada en S.T.S. 30-III-60 al señalar que "...no puede alegar la procesada la creen--

cia de hallarse disuelto el anterior matrimonio [un matrimonio canónico en 1933], pues para admitir tal supuesto es preciso que se apoye en muy robustas presunciones..." y el T.S. no considera suficiente el hecho de que tal matrimonio se contrajese en un periodo en el que no tenía ninguna eficacia civil.

En S.T.S. 28-IX-64 se produce un supuesto de hecho y una solución prácticamente igual.

Un supuesto de hecho similar se encuentra en S.T.S. 9-VI-75: dos matrimonios canónicos, y uno de ellos contraído en 1934. No se entra sin embargo, en el análisis de si hay o no delito de bigamia -que es lo que da origen al juicio- pues, en cualquier caso, el delito habría prescrito.

Si los matrimonios canónicos celebrados con anterioridad al 18 de julio de 1936 son considerados como válidos, con mayor razón lo serán aquéllos celebrados en la zona republicana, durante el desarrollo de la guerra civil; tal es el caso de los matrimonios a los que se alude en S.T.S. 13-III-62 y S.T.S. 21-XII-63.

Por lo tanto es evidente que el T.S. aplica a este respecto la legalidad impuesta por la ley de 12 de marzo de 1938. Esto supone que los matrimonios canónicos contraídos en el período transcurrido entre la Ley de 28 de

junio de 1932 y la ley derogatoria, fueron nulos desde el momento en que se contrajeron hasta el 12 de marzo de 1938, y a partir de ese momento fueron válidos. Desde -- luego, los matrimonios canónicos contraídos con posterioridad a tal ley en cualquier zona del territorio nacional tuvieron plena eficacia civil.

La jurisprudencia a este propósito es abundantísima (444).

Tal vez, como resumen de la misma sirvan estas frases de S.T.S. 29-V-64.

"...ni el Codex Juris Canonici promulgado por la -- Constitución Apostólica Providentissima Mater de S.S. Benedicto XVI cuando establece de acuerdo con las reglas -- consignadas en los numeros 3 y 11 del Decreto Ne Temere -- de Pío X de 2 de agosto 1907, como única forma válida de matrimonio para los católicos, el contraído ante las Au-- toridades eclesiásticas (Canones 1094 y 1099) ni el Con-- cordato concordado con la Santa Sede en 27 de agosto 1953, ratificado en 26 de octubre siguiente, por el que el Estado español reconoce la plenitud de los efectos Civiles a-- tales uniones conyugales y la competencia de los Tribuna-- les de la Iglesia en las causas relativas a su nulidad y --

---

(444) No mencionaremos ahora las sentencias objeto de análisis en el segundo apartado de esta epígrafe. Es -- decir, aquellas sentencias en las que se pretende -- obtener la nulidad del matrimonio civil contraído -- durante la República en razón del hecho de la pro-- fesión del catolicismo.



se obliga a abolir cuantas disposiciones legales o reglamentarias se opongan a su contenido ni aun siquiera la L. 12 de marzo de 1938, que derogó la de 28 de junio 1932, - declaran nulos y sin eficacia jurídica los celebrados civilmente durante la vigencia de esta última de 1932, tanto porque no contiene ninguna norma específica que lo disponga ni son susceptibles de aplicación retroactiva conforme a lo prescrito en el art. 3º de C. civil, como porque dicho texto Canónico y concordato, no originan por sí mismos el nacimiento de acciones ejercitables ante la jurisprudencia ordinaria al haberse limitado el legislador respecto al primero a concederle el paso mediante el Real Decreto de 19 de mayo 1919 y circunscribir su aplicación a los vínculos estrictamente canónicos sin extenderse a -- los restantes que se sustrajeron de su alcance y contenido por la regla 11 nº 3 del Decreto Ne Temere y párrafo 2º del canon 1099 y al integrar el último un mero compromiso adquirido por los poderes públicos de acomodar la legislación vigente sobre tal materia y en especial el título IV, del libro II, del Código mencionado a las disposiciones con-- signadas en el protocolo concertado..."

Son muy numerosas las sentencias en las que, en contra de la pretensión del demandante o del demandado, se -- declara la validez de matrimonios civiles contraídos durante la República. Así la S.T.S. 24-XI-43 declara la existencia del delito de bigamia al haberse contraído matrimonio canónico subsistiendo el civil contraído durante la República. Ante un supuesto de hecho similar se encuentra la -

S.T.S. 29-XI-44, si bien en este caso no se estima la existencia de tal delito por ausencia de dolo específico ya que "...el cura Párroco que había de autorizar el sacramento [el segundo matrimonio, que es el matrimonio canónico]... no sólo expresa su creencia de que podían casarse los procesados sino que posteriormente procedió a la celebración del matrimonio..."

En S.T.S. 30-VI-52 se declara, en línea similar, que habrá abandono de familia si no se atiende económicamente al cónyuge e hijos de matrimonio civil contraído en -- 1932.

El 14-VII-53 se produce una sentencia en el T.S. de singular importancia, transcribiremos "in extenso" alguna de sus frases más significativas:

"...el [matrimonio] civil existente...que cuando se contrajo era el único que estimaba nuestra legislación de entonces como legítimo y para el que no existía por lo tanto el impedimento dirimente establecido en el art. 51 del Código Civil, ha pasado al empezar a regir dicha Ley a ser un segundo matrimonio, un segundo matrimonio [había un matrimonio canónico de junio de 1937 el civil es de -- julio de ese mismo año] al que afecta tal impedimento, -- lo que da lugar a la primera y más trascendental de las -- cuestiones planteadas en este recurso, o sea, la de decidir si es de aplicación a este matrimonio lo establecido

en el artículo 51 citado a lo prevenido en el 65 del mismo cuerpo legal, y teniendo en cuenta que el primero de dichos preceptos se refiere al caso de que uno de los conyuges al contraer matrimonio estuviera ya casado legítimamente, lo que no ocurría cuando se celebró este matrimonio civil por tener en aquél tiempo solo un carácter sacramental el matrimonio canónico, y que era cuando se contrajo y muchos meses después en el tiempo en que fueron concebidas las dos hijas de este matrimonio, el único con efectos civiles que existía, no puede aplicarse a esta unión civil esa disposición civil por referirse a otro supuesto, y es por el contrario el artículo 65 el aplicable, pues por su carácter general comprende todos los casos de nulidad de matrimonio establecidos en el Código Civil por impedimentos dirimentes que no sea la concretamente prevista y sancionada en el artículo 51..."

No entraremos en el tema de si es adecuada la solución de no aplicar el art. 51 (445). Lo que consideramos importante ahora, es señalar que a tenor de la frase subrayada un matrimonio canónico contraído en el año 1937 -después del 18 de julio de 1936- es considerado como incapaz de producir efectos civiles.

---

(445) El texto del artículo 51 del C.c. es el siguiente:  
"No producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges es tuviera ya casado legítimamente".

Solución similar es adoptada en S.T.S. 22-III-56.

En el mismo año se marca una regla general en S.T.S. 27-XII-56: "...la validez y eficacia de... [un] matrimonio ha de ser analizada conforme a las disposiciones legales que la regulasen en la fecha de ser contraído y las dictadas con posterioridad... Es decir se reconoce el derecho a que la legislación matrimonial tenga carácter retroactivo, pero la alusión a "las disposiciones legales que lo regulasen en la fecha de ser contraído", parece indicar que en el caso de no señalarse expresamente la retroactividad de la norma posterior, será de aplicación la norma vigente en el momento de contraerse.

La S.T.S. 14-I-55 estima la existencia del delito -- de bigamia si se contrae matrimonio canónico en 1944 habiéndose contraído civil en 1932. También S.T.S. 2-I-57 -- considera que existe dicho delito, si bien en este caso -- el matrimonio civil se ha contraído en marzo de 1938 -- no se especifica en que zona--.

Ahora bien, el hecho de que se reconozca la validez de los matrimonios civiles contraídos al amparo de la legislación republicana no implica el que se admita que tal es la legislación aplicable al matrimonio en su desarrollo --o, con otras palabras, la legislación republicana sería-- aplicable al matrimonio "in fieri", no al matrimonio "in facto esse", especialmente en lo que se refiere a la indi-

solubilidad, tal es el sentido de S.T.S. 5-III-57 (446).

De hecho hay sentencias del T.S. posteriores a la guerra civil en las que se aplican -indicándolo expresamente- las normas republicanas; así por ejemplo S.T.S. 26-XI-57 al decir: "...el artículo primero regla sexta de la Ley de matrimonio civil de 8 de junio de 1932 bajo cuya vigencia se celebró el matrimonio de autos, prescribe que este acto se celebrará en la forma prevenida en el artículo 100 del Código civil..."

Otras sentencias en las que se reconoce la validez de los matrimonios civiles contraídos durante la República son las siguientes: 3-XII-57, 29-IX-58, 5-III-59, 18-III-60, 26-IV-60, 24-II-62, y 10-VI-72. No nos detendremos en su análisis, pero digamos que el supuesto de hecho habitual que da lugar a tales sentencias es la existencia de un matrimonio civil contraído al amparo de la legislación republicana, y su pretendida nulidad para evitar la condena bien por abandono de familia, o bien por bigamia (si es seguido de un nuevo matrimonio, generalmente canónico). Muchas de las sentencias son absolutorias, pero no en razón de la nulidad del matrimonio civil sino en razón de la ausencia de dolo específico.

---

(446) No podemos dejar de señalar que en esta sentencia el T.S. se muestra partidario de la consideración del matrimonio como institución, en efecto así lo hace al afirmar: "...la concepción social que ha prevalecido, frente al matrimonio contrato ha elevado el matrimonio "institución" formado por un conjunto de reglas de Derecho esencialmente imperativas..'

La S.T.S. 14-IV-43 considera que un matrimonio civil posterior al 18 de julio de 1936, contraído en zona gubernamental, es válido, y, por tanto, hará surgir el delito de bigamia. La fecha 18 de julio de 1936 parece no tener especial trascendencia, a estos efectos, para esta sentencia; por el contraído es considerada como fecha clave-2 por S.T.S. 22-III-45. Postura opuesta a S.T.S. 14-IV-43 -- acerca de la validez del matrimonio es adoptada por S.T.S. 12-XI-47, que considera hijos naturales a los de un matrimonio civil contraído en circunstancias similares.

En apariencia existe una doctrina muy vacilante en el T.S. acerca de la validez de los matrimonios civiles -- contraídos durante la guerra. Tal vacilación tal vez sea sólo aparente, pues su análisis se hace muy difícil en -- razón de que son escasas las sentencias en la que se explican los hechos con la suficiente claridad como para dē terminar si el matrimonio se realiza al amparo de la legislación republicana o bien en la llamada zona nacional, se pueden ser a este propósito de las ya citadas S.T.S. -- 27-I-56, 23-X-57, 18-III-63, y 22-IV-69.

La posibilidad de trazar una línea evolutiva en la jurisprudencia del T.S. sobre la materia aparece aún más difícil cuando nos encontramos con sentencias en las que se refiere a matrimonios civiles sin especificar si se -- han contraído durante la vigencia de la Ley del 1932 o -- en otro período, así ocurre en S.T.S. 18-II-42, 19-VI-45,

22-II-64, 18-IV-66, 16-II-70 y 8-IV-75.

La S.T.S. 9-II-54 resuelve un caso infrecuente en la jurisprudencia matrimonial. Los hechos son los siguientes: el día 28 de enero de 1936 A y B contraen matrimonio civil, y el 29 del mismo mes y año lo contraen canónico.- El 7 de julio de 1947 el Tribunal Eclesiástico de la diócesis de Madrid-Alcalá decreta la nulidad del matrimonio. La Audiencia considera que tal nulidad sólo alcanza al matrimonio canónico. En casación el T.S. afirma: "...conforme al preciso sentido de lo ordenado por [la Ley de 12-III-38] no es posible admitir que declarado nulo el matrimonio canónico celebrado por los litigantes subsista entre estos el vínculo civil..."; y continua más adelante: "...la declaración de nulidad de matrimonio... [produce] su principal efecto, que es el de disolver el vínculo --- [conyugal]...". Del texto de la sentencia -cuya transcripción completa abviamos- resulta difícil dilucidar si lo que ocurre es que el matrimonio civil es nulo y así lo declara el T.S. o bien que el matrimonio civil es nulo y así lo declaró el Tribunal del Arzobispado.

De ser correcta la primera hipótesis, resulta sorprendente que el T.S. declare la nulidad sin aducir causa alguna de tal nulidad. De ser cierto lo segundo, ello implicaría que los Tribunales Eclesiásticos eran competentes para declarar la nulidad de matrimonios civiles -lo que solo sería cierto para los matrimonios canónicos en forma civil.

Repetimos que nada se puede deducir del tenor de la sentencia que permita descubrir cual es la postura adoptada por el T.S. respecto a tal extremo.

La solución aparece mucho más clara años más tarde, cuando el T.S. casa una sentencia de la Audiencia sobre nulidad canónica en forma civil; transcribiremos las dos sentencias del T.S. de 27-V-67.

-1ª Sentencia

"CONSIDERANDO: que decretado por la jurisdicción -- eclesiástica que el matrimonio civil celebrado entre los hoy litigantes o inscrito como tal en el Registro Civil, es verdadero matrimonio ante la Iglesia Católica pero afectado del impedimento dirimente de disparidad de cultos, e instada su ejecución ante la jurisdicción civil -- fué denegada por el juzgador a que por cuanto se trata -- de un matrimonio civil sobre el que carece de competencia el Tribunal eclesiástico, y contra esa denegación se interpone el presente recurso que, en su único motivo, basa do en el art. 1695 de la L.E. Civ. denuncia la violación de los artículos que cita del Concordato, del Código de -- Derecho Canónico y del Civil, al dictarse una resolución contradictoria con lo ejecutoriado.

CDQ. Que al adaptarse al Concordato de 1953 los preceptos del C. Civ. por la ley de 24 de abril 1958, y modificarse, entre otros, de dicho cuerpo legal, el art. 80,-



esta, en su nueva, edición, atribuye a la jurisdicción eclesiástica competencia exclusiva para conocer de las causas matrimoniales, por lo que siempre que un matrimonio merezca la calificación de canónico según el derecho de la Iglesia, será competente la jurisdicción eclesiástica, para conocer las causas que puedan dimanar de él, - competencia que sólo puede discutirse mediante la interposición del recurso de fuerza en conocer, que puede formularse y no se utilizó, y como los Tribunales civiles - no pueden enjuiciar la actividad de los eclesiásticos ni menos decidir sobre los efectos, cualesquiera que sean, - atribuidos al juicio canónico, es claro que el denegar -- la ejecución amparado en una supuesta incompetencia, no - planteada en forma legal, es un procedimiento irregular - que no puede ampararse, y por ello, al no poder reconocer se la eficacia de la resolución canónica, serán cometidas las infracciones que este motivo denuncia, lo que impone su estimación con los pronunciamientos del art. 1785 de - la ley procesal".

-2ª Sentencia

CONSIDERANDO: Que tanto el concordato vigente como - el Código Civil reconocen la competencia exclusiva de la Iglesia para conocer de las causas de que se trate: de -- vínculo matrimonial, e incluso la declaración de que un - matrimonio inscrito como civil fué desde el principio canónico, que es lo que la doctrina científica denomina --- "matrimonios canónicos en forma civil" y permite el art.

263 del Regl. del Reg. Civ. de 14 noviembre 1958 y como éste es lo que resuelve la resolución canónica de cuya ejecución se trata, al declarar que el matrimonio civil inscrito es verdadero matrimonio ante la Iglesia, pero nulo por estar afectado de un impedimento dirimente de disparidad de cultos, no puede haber ningún obstáculo para darle efectos civiles, por lo que procede la ejecución solicitada.

CDO: Que al no disponer la ejecutoria eclesiástica nada relacionada con la situación de la hija del anulado matrimonio, no puede en este procedimiento accederse a lo interesado en el otro sin perjuicio de que por los adecuados trámites ejerciten los interesados los derechos que estimen pertenecerles mediante el planteamiento de las acciones pertinentes".

Creemos que las sentencias son lo suficientemente claras como para hacer innecesario cualquier comentario (447).

En estas S.T.S. inmediatamente transcritas se plantea un problema que es habitual fuente de jurisprudencia matrimonial, los problemas competenciales entre jurisdicción eclesiástica y estatal. La mención de algunas sen--

---

(447) No obstante, un amplio comentario -al que ya hemos hecho referencia- puede encontrarse en: ARECHEDERRA, Luis, Formas..., cit.

tencias bastará para corroborar esta afirmación y descubrir, en lo más principal, la actitud del T.S.

S.T.S. 24-VI-49.

. Es competencia de los Tribunales Eclesiásticos en virtud del canon 1132 determinar a cargo de quienes han de quedar los hijos en caso de separación.

. La jurisdicción civil debe ejecutar un Decreto de la Eclesiástica si "...contiene pronunciamientos que le hacen merecer por su fondo el concepto de sentencia..."

-S,T,S. 7-X-49

..."de perfecto acuerdo la legislación eclesiástica y la civil establecen en los cánones 1016, 1960 y --- 1961 del Código de Derecho Canónico y los artículos 68,- 80 y 81 del Código Civil que de las causas matrimoniales deben conocer exclusivamente los Tribunales eclesiásticos y de sus efectos meramente civiles, como son la separación de los cónyuges, depósito de la mujer y de los hijos, fijación de alimentos y protección en los bienes materiales, los Tribunales civiles".

-S.T.S. 3-III-50

..."si...los efectos civiles de las demandas y sen-

tencias sobre nulidad de matrimonio o divorcio solo pueden obtenerse ante los Tribunales ordinarios [y no ante los eclesiásticos] con mayor motivo han de corresponder a estos las medidas provisionales que como propios de la jurisdicción voluntaria se previenen y regulan por la ley procesal civil, siendo en este sentido disposición terminante la que contiene el (precitado) artículo 81 del Código [civil].

-S.T.S. 20-X-54

. Un tribunal civil puede entrar a "...resolver el problema sobre si una mujer católica, casada canónicamente, puede ser nunca cónyuge legítimo de otro marido posterior sin que la Iglesia Católica haya disuelto el primer matrimonio..."

-S.T.S. 17-XI-61

. "...es obvio en nuestro Derecho positivo en virtud de las normas concordadas con la Santa Sede, reflejadas con suma claridad en el Código Civil, que las declaraciones sobre la existencia, validez o nulidad de los matrimonios canónicos sólo puede impetrarse ante los Tribunales eclesiásticos, únicos con jurisdicción para valorar los problemas contravertidos sobre el vínculo por la específica materia a dilucidar; y si ante los de orden estatal se invocan tales peticiones con el fin de servir de

base para hacer otras propias de estos últimos... las primeras ostentan el carácter de prejudiciales de las últimas, con la indeclinable consecuencia de ser previamente sometidas en función jurisdiccional a la sede que su intrínseca naturaleza exige".

-S.T.S. 3-VI-66

"...el trámite llamado de ejecución, a efectos civiles, de una sentencia de separación matrimonial, dictada por un tribunal Eclesiástico de acuerdo con lo establecido en los arts. 80 y 82 del C. Civ. [es] trámite de naturaleza especialísima, ya que los Tribunales civiles no se limitan a ejecutar en sentido estricto -- las resoluciones emanadas de la jurisdicción canónica, -- sino que, en virtud de lo que se ordena por el legislador en el segundo de los citados preceptos, determinan y regulan las consecuencias meramente civiles de la separación --de la nulidad en su caso-- resolviendo con jurisdicción propia los distintos problemas que cada situación matrimonial plantee en particular, para lo que había de utilizar las normas específicas contenidas en la legislación civil y sobre todo con autonomía de criterio -- y procedimiento con respecto a la resolución anterior..."

-S.T.S. 18-X-67

. El recurrente señala como documentos auténticos -

"...Testimonio del Tribunal Eclesiástico del Arzobispado de X... y... sentencia de dicho Tribunal Eclesiástico..." lo que "...a efectos casacionales, han de rechazarse... [por ser] relativos a la jurisdicción Eclesiástica por no vincular en manera alguna a la ordinaria..."

-S.T.S. 29-XI-68

. El recurrente plantea la "...trascendencia que en la apreciación de la prueba, pueda tener la invocación - de una copia de la sentencia del Tribunal de la Rota Española...que declaró no haber lugar a la nulidad del matrimonio postulado por el demandado..." El T.S. no entra en el tema.

- Auto de 4-X-71

. "...en la llamada ejecución a efectos civiles de las sentencias canónicas de separación o nulidad de matrimonio, la actividad de los Tribunales civiles, no se limita a ejecutar en sentido estricto, sino que, en virtud de lo que ordena el legislador en el art. 82 del C. Civ. determinan y regulan las consecuencias meramente - civiles de aquellas, resolviendo con jurisdicción propia, después de la ponderada valoración de los intereses en juego, los diferentes problemas que cada situación familiar plantea en particular, utilizando las normas específicas contenidas en la legislación civil, con autonomía de criterio y de procedimiento respecto de la resolución

canónica..."

-S.T.S. 11-XII-71

. "...esta Jurisdicción [la penal] no es competente para determinar la validez o invalidez de un matrimonio canónico, siendo en este sentido terminante el mandato del art. 5º de la L.E. Crim., que en el caso de que - oportunamente el recurrente hubiera planteado la cuestión prejudicial de la validez del primer matrimonio que contrajo, hubiera obligado a remitir la cuestión a la jurisdicción canónica..."

-S.T.S. 29-IV-74

" [el recurso no procede] ...porque la firmeza de las resoluciones en el Derecho-procesal canónico se basa en el principio llamado de la doble instancia conforme - y habiendo sido dictadas dos sentencias no coincidentes... hasta que no exista fallo definitivo del Tribunal eclesiástico que decida si la esposa es o no culpable de la separación, las medidas provisionales sobre la guarda y custodia adoptadas por el juzgado de Primera instancia... habian de continuar vigentes... por lo que en el presente procedimiento de ejecución de sentencia canónica, no cabe hacer pronunciamiento alguno sobre la situación de las...hijas..."

Creemos que esta simple transcripción de determina-

dos párrafos de algunas S.T.S. permite el reconocer un - conjunto de reglas en cuanto a los posibles conflictos competenciales.

Después de este veloz recorrido por la jurisprudencia matrimonial de las cuatro últimas décadas creemos que al menos una idea aparece clara. Una idea, no en torno al modo de solucionar jurisprudencialmente los conflictos, - sino al porqué esos conflictos surgen.

Pensamos que los conflictos en Derecho matrimonial que deban ser resueltos judicialmente tienen su origen - en la colisión de dos sistemas normativos distintos - recordemos nuestra ubicación especial: España; y temporal: 1938-1977.- Tres posibilidades de colisión existen, a - saber:

a) Sistema normativo del foro en el momento de aplicación de la norma versus sistema normativo español en el momento en que se inicia o finaliza la relación matrimo-- nial (448).

b) Sistema normativo del foro en el momento de aplicación de la norma versus sistema normativo extranjero en

---

(448) A este propósito recordamos las palabras de NAVARRO: "Con acierto se ha calificado el Derecho Matrimonial como un "Derecho intermitente". Y es que, en efecto, los dos episodios por así más decir jurídicos de la relación matrimonial son precisamente su momento inicial y final. En el intervalo, parece como si el ma-



el momento en que se inicia o finaliza la relación matrimonial.

c) Sistema normativo del foro en el momento de aplicación de la norma versus sistema normativo canónico.

El campo, es obvio, no se agota en estos tres casos hay ocasiones en el que el enfrentamiento es doble o triple: divorcio en el extranjero de españoles que contraen matrimonio canónico durante la vigencia de la ley de matrimonio civil, pero en realidad no es otra cosa que una combinación de las anteriores. Hay supuestos en que no se puede realizar tal encuadramiento, vg. juicio de separación de matrimonio civil, contraído poco tiempo antes, de acatólicos y es muy raro que lleguen al T.S. por un doble motivo: a) La abrumadora mayoría de matrimonios canónicos frente a los civiles y por lo tanto la competencia casi exclusiva de la jurisdicción canónica frente a la civil en materia matrimonial, b) De plantearse algún supuesto en el que fuese competente la jurisdicción civil suele quedar, resuelto en instancias inferiores.

Reflexionemos brevemente sobre cada una de las relaciones. El primer supuesto creemos que puede considerarse peculiarmente español.

---

trimonio entrara en un estado de latencia jurídica y casi bastaran los usos y costumbres para normarlo." NAVARRO VALLS, Rafael, Estudios de Derecho Matrimonial, Madrid., 1977, pág. 13.

Para que tal tipo de conflicto exija la frecuente intervención del más alto órgano judicial de un Estado, es necesario que exista un cambio legislativo brusco y técnicamente imperfecto, y tal es el caso del sistema - español como ha quedado demostrado más arriba. Es difícil encontrar un ordenamiento en el que, en tan breve plazo de tiempo, se pase de un sistema matrimonial en el que el matrimonio canónico tenga efectos civiles, y no exista divorcio, a otro en el que el único matrimonio posible sea el civil y se permita el divorcio, para volver más tarde a un sistema similar al anterior. De hecho es difícil encontrar algún ordenamiento en el que habiendo existido el divorcio posteriormente se suprima.

Así en este primer apartado incluiríamos ese largo número de sentencias que, desde los primeros momentos - postbélicos hasta la actualidad, tratan de resolver los problemas surgidos de matrimonios contraidos o acabados durante la vigencia de las leyes de Matrimonio Civil y de Divorcio.

La segunda relación es un problema típico de Derecho Internacional Privado, problema en el que se ven envueltos todos los Estados. Estaría formado -en nuestro caso - concreto- por el conjunto de sentencias en las que en el supuesto de hecho se ha introducido un elemento extranjero. Tema, pues, de Derecho Internacional Privado y al que se deben aplicar los esquemas de tal disciplina.

Si la primera relación era -prácticamente- pecu--  
liar del Derecho español, y la segunda es común a todo  
ordenamiento, la tercera no es, ni lo uno, ni lo otro.

Desde una perspectiva estatal, y es esta la pers--  
pectiva en que nos situamos en todo este trabajo, el --  
conflicto Derecho estatal versus Derecho canónico sólo  
se puede dar en aquellos supuestos en que se reconozca,  
por parte del Estado, una cierta eficacia al ordenamient  
to canónico; hemos visto (449) que históricamente el De  
recho canónico monopolizaba la regulación de la institut  
ción matrimonial; situación que se acaba con la apari--  
ción del matrimonio civil (450), que progresivamente va  
ocupando mayores parcelas para -en algunos países- aca-  
bar monopolizando toda la regulación matrimonial. En Es  
paña estamos (desde 1938 a 1977) en un momento en el que  
ambos ordenamientos (el canónico y el estatal) comparten  
la regulación matrimonial, y ello por que así lo quiere  
el ordenamiento estatal (451).

Como consecuencia de esa duplicidad de regulaciones  
vigentes surgen problemas de competencia a los que tiene  
que dar solución el poder judicial. Así pues, en este --  
tercer grupo tendrían cabida todo aquel conjunto de sen-

---

(449) Vid. supra. I - A - b.

(450) Vid. supra. I - A - c.

(451) Básicamente artículos 42 y 75 del C.c.

tencias del T.S. que tratan de delimitar el ámbito de aplicación de los ordenamientos canónicos y civil.

Distribuida así la jurisprudencia del T.S. serían escasísimas las sentencias "atípicas", no encajables en ninguno de los grupos tipificadores.

Concebida así -como enfrentamiento de sistemas- la jurisprudencia matrimonial, tal vez parecería que de la jurisprudencia matrimonial española se desprende la idea de que el juez español pretende "defenderse" de las influencias externas al ordenamiento estatal vigente. Tal impresión sería falsa; el juez español en numerosas ocasiones acude a estos sistemas normativos distintos del propio, a la hora de formular sus sentencias. A muchas de ellas hemos hecho referencia más arriba, y aludiremos a tres más; cada una relativa a los tres grupos de sistemas distintos de los del foro.

-S.T.S. 28-II-63. Ordenamiento del foro versus ordenamiento español de la II República:

. Se cita jurisprudencia de la II República:

"CONSIDERANDO: Que el motivo primero del recurso, - amparado en el nº 1º del art. 1962 de la L.E. Civ. denuncia la violación del art. 105 cauda 2º del C. Civ, que, - a juicio de la parte recurrente comete la sentencia impugnada

nada al entender que para que puedan servirse de soporte a la causa segunda de dicho artículo "no basta la existencia de unos malos tratos únicos y aislados... Sino que es preciso la reiteración de los mismos en forma tal, que revelen y señalen la violencia como marco dentro del cual - se desenvuelvan y desarrollan las relaciones conyugales" - porque según dicho parte recurrente, tal precepto no exige esa reiteración, ya que como proclama la sentencia de la instancia -que la recurrida revocó, "es bastante el - maltrato de obra, grave o no, una sola vez o varias, siempre que revele según la S. del T.S. 3 febrero 1934, la -- falta de mutuo afecto y respecto que deben presidir las - relaciones matrimoniales tan próximas y continuas".

-S.T.S. 2-XI-65. Ordenamiento del foro versus ordenamiento extranjero.

Se alude a la forma que el ordenamiento extranjero - exige para la validez.

"Como primer motivo de casación el recurrente aduce" ...que su matrimonio con la demandada fué inexistente y - nulo, al no haber concurrido ninguna Autoridad española a su celebración y no haberse acreditado que los que lo hicieron -pastor protestante y Consul en Tanger de los Estados Unidos de Norteamérica- sean las que debieran conforme al Derecho de este país; y como quiera que aparece probado en el juicio que el matrimonio como tal se inscribió

en el Consulado de citado estado; es evidente se celebró conforme al Derecho positivo de la Autoridad que lo autorizó y decae este primer motivo".

-S.T.S. 28-II-69. Ordenamiento del foro versus ordenamiento canónico.

. Referencia a determinados cánones del C.J.C.

"[Ni el art. 56 del C. Civ.] que establece el deber de socorrer mutuamente, ni el nº 1 del 143, relativo a la prestación de deuda alimenticia, condicionan su exigibilidad al cumplimiento de la obligación de vivir juntos a que se refiere el primero de dichos preceptos o al supuesto de que la separación se haya decretado judicialmente, por lo que cualquier limitación que al interpretarlos se adopta en tal sentido, sería opuesta... a lo -- que se previene en los canones 1130 y 1131 del Codez juris canonici que permiten en determinados casos la separación por autoridad propia..."

B - Calificación jurisprudencial del Sistema matrimonial  
=====  
español.  
=====

Hemos señalado repetidamente a lo largo de este trabajo, dos ideas en torno a las cuales gira el mismo:

1 - La calificación del sistema matrimonial español,

el determinar quien ha tenido acceso y quien no al matrimonio civil, dependerá -en el periodo de vigencia del artículo 42 del Código civil- de lo que signifique la expresión "profesar la religión católica".

2 - La autoridad competente -el poder competente- para determinar cuál es el significado de tal expresión es el Tribunal Supremo a través de su jurisprudencia.

La primera es una hipótesis respaldada por un fuerte apoyo doctrinal. La segunda -tal vez más aventurada- la - hemos pretendido demostrar en el capítulo anterior.

Pero, tales puntos de partida, tales hipótesis de trabajo, en sí mismos, no son otra cosa que eso: meras - hipótesis sin ninguna trascendencia práctica. Hipótesis-encaminadas a alcanzar un resultado: determinar cual ha sido el sistema matrimonial español en el periodo transcurrido desde la guerra civil hasta el presente año. Esa tarea es la que pretendemos acometer ahora. De la respuesta que el Tribunal Supremo haya dado a la pregunta: ¿Qué es "profesar..."?, dependerá el tipo de sistemas matrimonial ante el que nos encontramos.

Es difícil señalar con toda certeza cuales son las sentencias en las que se plantea el problema de la interpretación del término "profesar...". En el periodo al que

se circunscribe nuestro trabajo la jurisprudencia que in  
cide sobre el tema directamente no es muy numerosa pero  
creemos que permite construir -reconstruir- la línea evo  
lutiva del T.S.

Con todo el riesgo que lleva consigo el realizar una  
enumeración cerrada, pasamos a señalar cuáles son las sen  
tencias del T.S. que han respondido, o han tratado de res  
ponder, o al menos han sido requeridas a responder, nues-  
tra pregunta:

-S.T.S. 25-V-53  
-S.T.S. 25-I-56  
-S.T.S. 26-I-56  
-S.T.S. 7-III-56  
-S.T.S. 16-V-59  
-S.T.S. 21-X-59  
-S.T.S. 12-XI-59  
-S.T.S. 16-XII-60  
-S.T.S. 16-II-61  
-S.T.S. 12-XII-61  
-S.T.S. 21-XII-63  
-S.T.S. 12-XI-64  
-S.T.S. 5-VII-65  
-S.T.S. 16-III-67  
-S.T.S. 15-IV-67  
-S.T.S. 12-VI-69  
-S.T.S. 20-IV-74  
-S.T.S. 4-X-74



-S.T.S. 11-III-75

Un análisis detenido de esta jurisprudencia es lo -  
que se pretende realizar en las siguientes líneas.

a- Matrimonios contraídos durante la II República

Si nuestro estudio comienza con la guerra civil, y si el resultado de la misma lleva consigo un cambio radical -una revolución legislativa- en materia de legislación matrimonial, es lógico que sean varias las sentencias referidas a situaciones surgidas durante la II República que merecerán nuestra atención. (Entenderemos por II República ~~una revolución~~ la configuración del Estado surgida el 14 de abril de 1931 y que finaliza el 1º de abril de 1939. En el periodo que comienza el 18 de julio de 1936 el concepto de II República lo considerasemos restringido al ámbito territorial ocupado por la misma).

Las sentencias que analizasemos en este epígrafe con las siguientes:

-S.T.S. 25-V-53

-S.T.S. 25-I-56

-S.T.S. 26-I-56

-S.T.S. 7-III-56

-S.T.S. 15-V-59

-S.T.S. 16-XII-60

-S.T.S. 16-II-61

Analizaremos cada una de las sentencias por separado, para pasar a realizar un análisis de conjunto al final. No obstante nos permitiremos romper este planteamiento para aludir a una impresión que de las meras fechas de las sentencias se desprende.

Más arriba (452), hicimos referencia a una periodificación en las intenciones del legislador y de la Administración española. Hablamos de tres etapas, y a propósito de la tercera decíamos: "La tercera etapa es un conjunto de periodos que sin embargo se pueden globalizar en una idea básica: partiendo de un sistema establecido por el Decreto de 26-X-56 y cuyos antecedentes se pueden encontrar en el concordato del 52...". La única reforma del artículo 42 -eje del sistema matrimonial español- la realiza la Ley de 24-IV-58. Uno de los subperiodos a los que nos referíamos en las anteriores palabras sería tal vez el que va de 1953 a 1958. Si se prefiere: desde el Concordato a la Ley de principios del Movimiento nacional. Es prácticamente en ese periodo en el que se dictan la totalidad de las sentencias que ahora se analizan. El término "a que" (principio de la década de los 60) es, tal vez, menos significativo. El inicio 1953 es mucho más importante, la fecha marca un punto de inflexión, la doctrina la D.G.R. y N. y el legislador comienzan a olvidarse del sistema impuesto en la década anterior.

---

(452) Vid. supra: II - B - a - 1

-Pasemos a la exposición y análisis pormenorizado:

-Sentencia de 25 de mayo de 1953

.....

- .. Sala segunda o de lo penal
- .. Recurso de casación por infracción de la ley
- .. Magistrado ponente: Federico PARERA ABELLO.
- .. Hechos:(453)

"La procesada A.F., que el día 30 de julio de 1937 contrajo matrimonio civil con S.S., y el también procesado F.M., que sabía que aquella era casada, mantuvieron relaciones --- ilícitas a partir de fines de noviembre de 1945, marchando - aquella del domicilio conyugal y yéndose a vivir al domici-- lio de los padres del S., en donde estuvo haciendo vida ma-- rital con éste, durante varios meses. Hechos probados.

Condenados los procesados como autores de un delito de adulterio del artículo 449 del Código penal, a la pena de 2 años, 4 meses y un día de prisión menor, se interpone a nombre de la A.F. recurso al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley procesal, alegando la infracción del artículo 449 del Código penal, ya que en el certificado de matrimonio de la recurrente no consta se haya hecho declaración de acatolicidad ni entonces se exigía ni se practicaba tal requisito, siendo éste el documento auténtico que se ha interpretado erróneamente, ya que si bien se prueba que la recurrente ha contraído matrimonio, no lo está el que este matrimonio -

---

(453) Se transcribe la exposición hecha en el Repertorio de jurisprudencia ARANZADI, Valga esta advertencia para todos los casos, salvo indicación en contra.

sea el que exige la legislación vigente, para que, en caso de adulterio, se deriven consecuencias penales".

.. Sentencia:

"CONSIDERANDO: Que la indiscutible autenticidad que - las actas del Registro civil tienen, de tal suerte que sólo mediante su inscripción pueden estimarse legalmente aquellos actos, y la correspondiente, en su consecuencia que ha de -- otorgarse a las certificaciones que de aquél Registro expi-- dan los funcionarios competentes a cuyo cargo se hallan, im-- posibilita de todo punto que prosperen los recursos interpues-- tos tanto si se consideran acogidas al número 2 del artículo- 849 que expresamente se cita, como si se entienden amparados por el número 1º del referido precepto, puesto que la afirma-- ción establecida por la Sala de instancia como hecho probado del matrimonio de la recurrente A.F. con el querellante no - se desvanece, contraría, ni destruye con la resultancia de - lo certificado en relación con el Registro Civil de matrimo-- nios del pueblo de dichos contrayentes, ya que por ésta se - asevera tal unión, y su subsistencia tiene que prevalecer -- "erga omnes" en tanto no sea combatida y anulada en forma - por el procedimiento adecuado al efecto, y mucho más cuando de tal certificado no puede desprenderse que la forma matri-- monial que los unió, fuese de aquellas circunstanciales, -- transitorias y contrarias a todo Derecho a que aluden las - recurrentes en sus escritos, de idénticos fundamentos y --- alegaciones, en síntesis, por lo cual no procede estimar -- los motivos de casación por ellos invocados sin dar lugar a

la casación de la sentencia recurrida".

.. Preceptos legales citados (454):

.. Artículo 449 del Código penal:

"El adulterio será castigado con la pena de prisión - menor.

Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón - que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casado, aunque después se declare nulo el matrimonio".

.. Artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

"Se entenderá que ha sido infringida la ley para el - efecto de que pueda interponerse el recurso de casación:

1º Cuando, dados los hechos que se declaren probados - en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiese infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observado en la aplicación de la ley penal.

2º Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de hecho, si este resulta de documentos auténticos -- que muestran la equivocación evidente del juzgador, y no -- estuvieron desvirtuados por otras pruebas".

Un primer punto que se debe de señalar, es que nos encontramos ante un matrimonio civil, con toda probabilidad -

contraído en zona republicana (aunque nada se diga) y contraído después del 18 de julio de 1936.

La pretensión de los procesados -independientemente de las vías procesales empleadas para lograrlo- es tratar de -demostrar que no han cometido adulterio en razón de que el matrimonio contraído no es aquél al que hace referencia el art. 449 del Código Penal.

Hubiera parecido más correcto, el que los procesados se hubiesen limitado a alegar que no existía matrimonio en razón de que no se había respetado el tenor del artículo 42 del C.c. al exigir la prueba de no profesión. La pretensión de -que la ley penal -el artículo 449 del C.p.- distinga entre -varios tipos de matrimonio es incorrecta.

A tenor de la exposición de hecho más arriba transcrita parece que los procesados -y más tarde condenados- consideran que la prueba de no profesión-, a efectos del artículo 42 del C.c., consiste en la simple declaración de no profesión, ¿Es esto defendible técnicamente?.

A estos efectos los procesados podrían considerar las -siguientes posibilidades:

---

(454) Se transcribirán únicamente aquellas disposiciones que no lo hayan sido con anterioridad. Valga esta advertencia para todos los casos.

-El sistema aplicables será el que esté en vigor en el momento de contraer el matrimonio.

-El sistema en vigor es el formado básicamente por la Ley de 28 de junio de 1932.

-La legislación republicana es nula de pleno derecho y será aplicable el artículo 42 del C.c.- según la interpretación de la Real Orden de 18 de junio de 1913.

-El sistema aplicable será el que esté en vigor en el momento de plantearse el recurso.

-Aceptar la legalidad de la Orden Ministerial de 10 de marzo de 1941.

-Considerar tal norma ilegal.

Si consideran que la prueba de no profesión es equivalente a la declaración de acatolicidad, es obvio que no pueden aplicar ni el sistema conformado por la Ley de 28 de junio 1932, ni el que pretende conformar la Orden de 1941. El

considerar aplicable la Real Orden de 1913 es algo posible pero improbable; sería tanto como considerar que la segunda República no ha existido, lo cual jurídicamente es insostenible.

Creemos que los procesados adoptan la cuarta solución posible: la Orden de 1941 es ilegal, el sistema aplicable - está formado por el artículo 42 del C.c. y la única persona competente para determinar si se profesa o no se profesa el catolicismo es uno mismo -solución subjetivista-. En este punto creemos que los procesados están representando -antes de la firma del Concordato- un sentir general que va a cambiar -sin que se pueda precisar un momento exacto- de forma importante el sistema matrimonial español. Son razones sociológicas, y no jurídicas, las que impulsan tal concepción.

Vista la actitud de los procesados tratemos de descubrir la forma de pensar del T.S. ante el problema. Tres ideas básicas son destacables en lo que a nosotros interesa:

-El principio del "favor matrimonii".

-Imposibilidad de declarar la nulidad de un matrimonio en un proceso penal.

-Validez de un matrimonio civil celebrado en la zona republicana en 1937 sin haberse declarado la acatolicidad.

El principio del "favor matrimonii" viene recogido en



la siguiente frase:

"...[la] subsistencia [del matrimonio] tiene que prevalecer "ergo omnes" en tanto no sea combatida y anulada..."

Así pues hay una presunción "iuris tantum" -a cualquier efecto- de la validez de todo matrimonio.

La incompetencia de la jurisdicción penal a efectos de señalar la nulidad matrimonial es deducible de la expresión: "...combatida y anulada [la validez matrimonial] en forma por el procedimiento adecuado al efecto..." Tampoco plantea mayores problemas; la validez matrimonial podría ser considerada como una prejudicial, aunque el principio del "favor matrimonii" evita la paralización procesal.

Es el último punto el que mayor interés tiene para nuestro trabajo: Aunque poco antes el Tribunal señala su incompetencia para declarar la nulidad matrimonial, sin embargo inmediatamente entra en el tema con la afirmación: "...no puede desprenderse [del certificado del que pende el recurso] que la forma matrimonial que los unió, fuese de aquellas circunstancias, transitorias y contrarias a todo Derecho a que aluden los recurrentes en sus escritos...". Así pues el matrimonio civil contraído durante la Guerra Civil -en 1937-, en zona republicana, por dos bautizados en el catolicismo -creemos que este es hecho que no ofrece dudas-, cuya única prueba de no profesión es el haber acudido al matrimonio civil no es circunstancial, ni transitorio, ni contrario a todo Derecho.

Pensamos que el T.S. -su Sala segunda- piensa que el matrimonio es válido porque se contrae al amparo de una -- legislación no derogada -Ley de Matrimonio Civil de 1932- en ese momento (1937).

Así pues la primera sentencia postbélica del T.S. en la que se alude a la "no profesión...", trata de un matrimonio que se contrae durante la guerra, y aunque el T.S. no entra al fondo en el tema parece inclinarse por la validez de la - legislación republicana en su zona sin plantearse el tema de la no profesión.

-Sentencia de 25 de enero de 1956

.....

.. Sala: primera o de lo civil

.. Recurso: de casación por infracción de la ley

.. Magistrado ponente: Pablo MURGA CASTRO

.. Hechos:

"Mediante escrito 9 mayo 1946, el actor don Miguel V.R. dedujo ante el Juzgado de Primera instancia número 3 de los de Barcelona demanda de mayor cuantía contra doña Cristina - S.O. y el Ministerio Fiscal sobre invalidación de matrimonio civil estableciendo como hechos: Que el 3 de agosto 1933 ante el Juzgado Municipal número 4 de Barcelona contrajeron matrimonio civil el actor y la demandada, que este matrimonio- contrato según criterio de la legislación y jurisprudencia - fué celebrado bajo la condición de disolubilidad dimanante - de las leyes que sobre el divorcio en matrimonio habia dictado la República en 2 de marzo y 28 julio 1932: Que la si--

tuación creada por tal unión, in facie Ecclesiae, es total--  
mente irregular, puesto que no reconociendo validez la Re-  
ligión católica más que el matrimonio católico, constituye  
un contubernio o concubinato no sólo no tolerado, sino ex-  
presamente condenado por la Iglesia en el seno de la cual  
ha querido vivir siempre el que demanda que ha profesado -  
constantemente la Religión Católica. Apostólica Romana sin  
haber adjurado nunca de la misma, y siendo así para tran--  
quilizar su conciencia de creyente, no se le ofrece más que  
dos caminos; el de elevar el simple nexo civil que actual-  
mente le liga con la demandada a la dignidad de Sacramento  
contrayendo con ella matrimonio con arreglo a la legislación  
canónica, o impetrar el auxilio de la autoridad judicial ci  
vil para dejar sin efecto aquél nexo civil; pero en realidad  
esta disyuntiva no es tal, pues el primer camino lo descarta  
el actor, ya que el conocimiento de la señora S. ha adquiri-  
do durante los pocos años que con ella convivió, le impiden  
contraer vínculo tan sagrado e indispensable como es el ma-  
trimonio canónico; esto aparte de que tal vez tampoco la de-  
mandada estaría dispuesta a celebrarlo, no sólo por el medio  
de la ya truncada convivencia con el actor, sino por la ideo  
logía de la misma no muy religiosa, como evidencia el que al  
nacer un hijo de ámbos y en ausencia del marido le pusiera -  
el nombre de Germinal<sup>?</sup>; que del matrimonio civil contraído --  
por el actor con la demanda existe un hijo inscrito con el -  
nombre del Germinal V.S.. los derechos del cual no pueden --  
perjudicar la resolución por ser un tercero de buena fé. Ter-  
minó suplicando se dictara sentencia, resuelto y sin efecto--

alguno el matrimonio civil celebrado o subsidiariamente la nulidad del mismo, con reserva de los derechos que como a tercero de buena fé corresponden al hijo habido de tal matrimonio.

El Ministerio Fiscal se opuso a la demanda. La demandada contestó alegado que el actor debía saber que el matrimonio para un católico no es un contrato sino un Sacramento; que nada le ha impedido al actor contraer matrimonio canónico con la que contesta; la demandada no ha opuesto impedimento alguno a que su unión civil se elevara a la dignidad de Sacramento; el actor confiesa que desea tranquilizar su conciencia de creyente y no se le ocurre otro camino que el de la resolución de su unión civil, y de otra parte le parece asimismo inconveniente el hecho de que exista incompatibilidad de orden concesional y el de una separación que nadie más que él ha provocado abandonando el hogar conyugal para vivir con su concubina lo que revela es su pretensión de obtener la libertad para consumar el abandono de la demandada y continuar sus compromisos en el público adulterio en que está viviendo.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. Apelada la sentencia fué confirmada por la Audiencia Territorial.

Se interpuso recurso de casación por infracción de Ley por los motivos que se recogen en los considerandos que se insertan."

.. Sentencia:

CONSIDERANDO: Que no es procedente el primero de los motivos del recurso interpuesto, en que por las razones - que en el mismo se expresan se pretende la nulidad del matrimonio civil, celebrado bajo el régimen de la legisla--ción republicana por la razón fundamental de que los cónyuges no hicieron la declaración de no profesar la Religión católica a que se refiere el artículo 42 del Código civil; ya que aparte de que a la fecha en que el matrimonio civil se contrajo no se exigía el cumplimiento de este requisito, tampoco su infracción constituía una causa determinante de nulidad solo posible, aún durante la vigencia del Código, - por las causas que exhaustivamente establecía y establece el artículo 101 y que por su carácter específico, no puede ser ampliado por analogía a otras situaciones, en tanto que una norma del mismo rango lo determinara con fuerza obligatoria, sin que a esa consideración pueda obstar la legisla--ción derogativa de la Ley de Divorcio ni las demás regula--doras de sus consecuencias, porque lo mismo la Ley de 12 de marzo de 1938 (Rep. Leg. 269 y Diccionario 12696) que la de 23 de septiembre de 1939 (Rep. Leg. 1359 y Diccionario 6879) (que no deja de tener antecedentes en la historia de la legisla--ción española a partir de 1870 y disposiciones que en relación con ella, hiciera posible la fórmula de concordia entre la legislación canónica y la civil que cristalizó en el artículo 42 del Código) ni decretaron ni autorizaron la nulidad de otros matrimonios que los señalados específicamente en ambas disposiciones a las que, obligadamente, ha

de atenerse y que, además han sido rectamente interpreta-  
das en su sentido y alcance por el Tribunal "a quo".

CONSIDERANDO: Que por lo que se refiere al motivo se-  
gundo construido como el anterior al amparo del número pri-  
mero del artículo 1692 de la Ley Procesal por infracción,-  
con lo esencial de los artículos 1116 y 1125 del Código Ci-  
vil, es de notar que ni bajo el régimen de la Ley de Matri-  
monio civil ni de la de Divorcio implantados por la segunda  
República constituyó la legítima disolubilidad del vínculo  
supuesto de la celebración del matrimonio civil, ~~ni~~  
~~probabilidad del vínculo supuesto de la infracción de la~~  
~~ley~~, sino mera posibilidad de la inmensa mayoría  
de los españoles no tuvieron en cuenta y que ha hecho impo-  
sible para lo futuro la ley derogatoria de la del Supremo  
Tribunal en sus funciones interpretativas reducidas al caso  
concreto de suplir por vía jurisprudencial, lo que las leyes  
no dicen y resolver con generalidad situaciones que por ra-  
zones obvias han menester trato que exceda de la esfera ju-  
risprudencial y de su limitado ámbito para entrar de lleno  
en el propio de la creación de normas, con generalidad o -  
sin ella, resuelvan conflictos que en muchos casos se crea-  
ron por olvido o menosprecio de las posibilidades que a la  
satisfacción de la conciencia los creyentes ofrecían las -  
paternales admoniciones de la Iglesia, aún bajo el régimen  
de una legislación notoriamente opuesta a su Magisterio.

CONSIDERANDO: Que por esas sucintas razones es de esti-  
mar que el Tribunal "a quo" al denegar por los fundamentos

que expuso la nulidad del matrimonio civil de que se trata, no obró en infracción de los preceptos que hubo de aplicar atinadamente, sino que se atuvo tanto a su texto como a su espíritu informador; y ello justifica la desestimación del recurso interpuesto con los pronunciamientos que son obligada consecuencia de esa resolución fundamental"

..Preceptos legales citados:

..Artículo 101 del Código Civil.

"Son nulos:

1º Los matrimonios celebrados entre las personas a quienes se refieren los artículos 83 y 84, salvo los casos de dispensa.

El contraído

2º por error en la persona, o por coacción o miedo grave que vicie el consentimiento.

3º El contraído por el raptor con la robada, mientras ésta se halle en su poder.

4º El que se celebre sin la intervención del juez municipal competente, o del que en su lugar deba autorizarlo, y sin la de los testigos que exige el artículo 100"

. Artículo 1116 del Código Civil.

"Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa.

La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta".

. Artículo 1275 del Código Civil.

"Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral".

. Número 1º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

"Habrá lugar al recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal: 1ª cuando el fallo contenga violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes o doctrinas legales aplicables al caso del pleito..."

Nos encontramos ante un caso similar al de la anterior Sentencia, si bien hay una diferencia que consideramos muy importante: el matrimonio civil se ha contraído antes del 18 de julio de 1936,

Centraremos nuestro comentario en el punto de la "profesión..." (445).

La pretensión del demandante es clara: lograr la nulidad de su matrimonio.

---

(455) Un detallado comentario a la sentencia puede verse en, PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, Los matrimonios..., cit.



El T.S., en el considerando primero de la sentencia, responde al primer motivo del recurso con dos afirmaciones importantes:

- Un matrimonio civil contraído durante la II República no será nulo porque no se declare la no profesión, ya que en dicho momento no se exigirá tal declaración, o como dice LACRUZ (456) a propósito de esta misma sentencia: "Los matrimonios civiles celebrados durante la República, sean o nó católicos los contrayentes, son válidos y eficaces en el fuero civil..."

- Las únicas causas de nulidad matrimonial son las indicadas en el art. 101 del C.c. (457)

Esta segunda idea es aparentemente de trascendental importancia, pero solo en apariencia, admitamos que las únicas causas de nulidad son las recogidas en el 101 del Código Civil, es decir: admitamos que "il-y- pas de nulli té sans texte". Habrá entonces causas de inexistencia del matrimonio no recogidas en la ley, junto a causas de nulidad expresadas en la ley. Profundizar en este punto nos -

---

(456) LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis, Derecho de Familia, cit., nota 4 en la pág. 29.

(457) Vid. sobre este punto LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique, - Estudios de Derecho matrimonial, Madrid, 1962, en especial pags. 223 y ss. En esta obra se menciona esta sentencia, así como la de 26 de enero y de 7 de marzo del mismo año, como seguidoras de esta línea y se señala discreta rectificación del criterio en la S.T.S. 21-I-55.

llevaría demasiado lejos y por ello nos limitamos a indicar el problema.

Tratemos en concreto la hipotética infracción del artículo 42 del C.c. en razón de que no se declaró la no profesión.

PEÑA (458) indica que para que se pudiera sostener - que el matrimonio era nulo por violación del artículo 42- del C.c. tendrían que ser ciertas las siguientes proposiciones:

"1ª que la Ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria - de la Ley Matrimonio civil de 28 de junio de 1932, tuviera plena eficacia retroactiva de modo que se viniera a -- considerar por la Ley derogatoria que siempre había regido el artículo 42 C.c. 2ª Que el matrimonio civil, cuya - nulidad se pretende, hubiera sido contraído por persona - que profesaba la religión católica; y 3ª Que la infracción del artículo 42 determine la nulidad del matrimonio".

Respecto al primer punto estamos plenamente de acuerdo con PEÑA, la ley no es retroactiva. Respecto al segundo sólo cabe decir que es el tema en torno al que giran - todas estas páginas. Respecto al tercero es el ya analizado más arriba. En consecuencia el matrimonio no es nulo.

---

(458) PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, Los matrimonios..., cit., pág. 259.

El T.S. declara con toda claridad la validez de este matrimonio. Pero no es esto lo más importante que se puede deducir de la sentencia, lo más importante -a nuestros efectos- es, no una afirmación taxativa del T.S., si no una forma de pensar.

Con mucha mayor claridad que en S.T.S. 25-V-53, se habla por parte del demandante como del T.S. de declaración de no profesar. El T.S. dice textualmente "...a la fecha - en que el matrimonio civil se contrajo no se exigía el cumplimiento de este requisito...", no dice taxativamente el T.S. que en el momento en que juzga se exigiese, pero así parece desprenderse. En el 25 de enero de 1956 faltaban - todavía 9 meses para que la declaración de la <sup>no</sup> profesión - fuese requisito suficiente para acceder al matrimonio civil, la Orden de 1941 pretendía estar vigente en esa fecha.

La Orden de 1941, el 25 de enero de 1956, era considerada -sin declararlo expresamente- como nula por el T.S. La Orden de 1941 no había estado en vigor nunca.

Repetimos, no es una afirmación expresa, pero es una forma de pensar que se trasparenta con toda claridad, y - que la Administración se vería forzada a adoptar mediante el Decreto de 26-X-56.

Queremos por último señalar la mención de una fecha

en el primero considerando: 1870. Con esta fecha se abre la historia moderna del matrimonio en España (459).

-Sentencia de 26 de enero de 1956

.....

.. Sala primera o de lo civil

.. Recurso: de casación por infracción de ley

.. Magistrado ponente: PABLO MURGA CASTRO

.. Hechos:

"Mediante escrito fecha 2 julio 1946 que por reparto correspondió al Juzgado de primera Instancia número 16 de los de Madrid, la actora, doña Angeles P.B. dedujo demanda sobre nulidad de matrimonio civil contra don Pedro M.B. y contra el Ministerio Fiscal.

Los hechos necesarios para el estudio de esta sentencia se deducen de los Considerandos de la misma.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda y absolviendo al demandado.

Apelada la sentencia fué confirmada por la Audiencia Territorial.

Se interpuso recurso de casación por infracción de Ley por los motivos que se recogen en el Considerando que se inserta.

.. Sentencia:

"CONSIDERANDO: Que al amparo del número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia el recurrente, en el único motivo de casación que formula la infracción que, a su entender, ha cometido la Sala -- sentenciadora al no aplicar en el caso de autos, el artículo 42 del Código Civil, el primero de la Ley de 12 de marzo de 1938 (Rep. Leg. 269 y Diccionario 12696) y el 2º de la Orden de 8 de igual mes de 1939 (Rep. Leg. 291 y Diccionario 16396), en su obligada relación con el artículo 4º del Código Civil negándose por implicación de dichas -- normas a pronunciar la nulidad del matrimonio civil que en 20 de diciembre de 1937 contrajo doña Maria de los Angeles P.B., siendo así que como católica habia dejado de hacer -- manifestación contraria a su credo religioso y que siendo menor de edad no habia obtenido la necesaria licencia para contraer matrimonio, pero aparte de que impetrándose la nulidad del matrimonio civil se precise estar en casos como el de autos al precepto específico del artículo 101 del Código Civil, como la obligada relación que guarda con los artículos 83 y 84 del propio Código sin que sea de aplicación por su carácter general el artículo 4, cuya infracción se invoca, es de notar además que la Ley de 28 de junio de 1932 (Rep. Leg. 849), bajo cuya vigencia se celebró el matrimonio cuya nulidad se pretende, no acogía manifestación alguna sobre la profesión religiosa de los contrayentes, -- por estar a la sazón derogadas las disposiciones que con -- mayor o menor alcance la recogian; y en la que toca a la --

infracción del artículo 50 del Código Civil, tampoco puede ser determinante de nulidad, porque precisamente los términos de la Orden de 8 de marzo de 1939, concorde con el espíritu del propio artículo 50, muestran inequívocadamente que se trata de un defecto subsanable, que, además y por declaración explícita del número segundo de dicha orden, no permite en su caso sino la anulación de las actas del matrimonio, sin originar especialmente la nulidad de vínculo matrimonial, solo posible según la legalidad vigente por los casos que exhaustivamente y sin posibilidad de ampliación, contemplan el número tercero de la Ley de 12 de marzo de 1938 y las normas transitorias contenidas en la de 23 de septiembre de 1939 (Rep, Leg. 1359 y - Diccionario 6879) y en los que, con anterioridad, establecía taxativamente el citado artículo 101 del Código Civil, razones todas que demuestran la consistencia del recurso e imponen su desestimación".

.. Preceptos legales citados:

. Artículo 4º del Código Civil:

"Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez.

Los derechos concedidos por las leyes son renunciab-  
les, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden  
público, o en perjuicio de tercero" (460).

, Artículo 50 del Código Civil.

"Si, a pesar de la prohibición del artículo 45, se casaren las personas comprendidas en él, su matrimonio será válido; pero los contrayentes, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código penal, quedarán sometidos a las siguientes reglas:

1ª Se entenderá contraído el casamiento con absoluta separación de bienes, y cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio.

2ª Ninguno de los cónyuges podrá recibir del otro cosa alguna por donación di testamento.

Lo dispuesto en las dos reglas anteriores no se aplicará en los casos del número segundo del artículo 45, si se hubiera obtenido dispensa,

3ª Si uno de los cónyuges fuere menor no emancipado, no recibirá la administración de sus bienes hasta que llegue a la mayor edad. Entretanto sólo tendrá derecho a alimentos, que no podrán exceder de la renta líquida de sus bienes.

---

(460) Esta es la redacción originaria del artículo 4º del C.c. vigente hasta la reciente reforma del Título preliminar de dicho cuerpo legal.

4º En los casos del número tercero del artículo 45, el tutor perderá además la administración de los bienes de la pupila durante la menor edad de esta" (461).

. Artículo 83 del Código Civil.

"No pueden contraer matrimonio:

1º Los varones menores de catorce años cumplidos y las hembras menores de doce, también cumplidos.

Se tendrá, no obstante, por revalidado ipso facto, y sin necesidad de declaración expresa, el matrimonio contraído por impúberes, si un día después de haber llegado a la pubertad legal hubiesen vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, o si la mujer hubiera concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación.

2º Los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio.

3º Los que adolecieron de impotencia física, absoluta o relativa, para la procreación con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua e incurable.

4º Los ordenados in sacris y los profesos en una Or-

---

(461) Conforme a la redacción originaria vigente hasta la Ley de 24 de abril de 1958.



den religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto -  
solemne de castidad, a no ser que unos y otros hayan ob-  
tenido la correspondiente dispensa canónica.

5º Los que se hallen ligados con vínculo matrimonial".

. Artículo 84 del Código Civil.

"Tampoco pueden contraer matrimonio entre si:

1º Los ascendientes y descendientes por consanguini-  
dad o afinidad legítima o natural.

2º Los colaterales por consanguinidad legítima hasta  
el cuarto grado.

3º Los colaterales por afinidad legítima hasta el -  
cuarto grado.

4º Los colaterales por consanguinidad o afinidad natuu  
ral hasta el segundo grado.

5º El padre o madre adoptante y el adoptado; este y  
el conyuge viudo de aquellas, y aquellos y el conyuge viu  
do de éste.

6º Los descendientes legítimos del adoptante con el  
adoptado, mientras subsista la adopción.

7º Los adúlteros que hubiesen sido condenados por -  
sentencia firme.

8º Los que hubiesen sido condenados como autores, o  
como autor, y cómplice de la muerte del cónyuge de cual-

quiera de ellos".

Nos encontramos ante una sentencia que ha sido objeto de especial atención por parte de la doctrina (462), - básicamente aduciéndola como ejemplo de sentencia en el - que se considera que las únicas causas de nulidad son las enumeradas en el artículo 101 del C.c. No es éste el lugar de volver sobre ese punto. Para nosotros no hay duda de la inexactitud de considerar la enumeración del artículo 101 del C.c. Como una lista cerrada. Nos ocuparemos -- aquí solamente del contenido que al término "profesar..." da nuestro más alto Tribunal.

Con un supuesto de hecho prácticamente idéntico; con una misma pretensión del demandante; con una diferencia - de un día y con el mismo magistrado ponente, es lógico que S.T.S. 26-I-56 adopte la misma solución que S.T.S. 25-I-56.

Una vez más el T.S. indica que la declaración de "no profesión..." no era necesaria para contraer matrimonio - civil durante el periodo de vigencia de la Ley de 28 de - junio de 1932; y que por lo tanto el matrimonio será válido. Una vez más, demandante y tribunal identifican "profe

---

(462) Es citada, entre otros, por: LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique, Estudios..., cit., pág. 201; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, Matrimonio..., cit., pág. 891; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, Los matrimonios..., cit., pág. 262; DE FUENTEMAYOR CHAMPIN, Amadeo, El sistema..., cit., pág. 72; LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis, Derecho de Familia, cit., pág. 30.

sión..." con declaración de "no profesión...". Ningún comentario nuevo con respecto a la sentencia del día anterior, salvo un hecho de cierta importancia: el matrimonio civil se ha contraído en 1937, es decir con posterioridad al 18 de julio de 1936.

- Sentencia de 7 de marzo de 1956.

.....

.. Sala: primera o de lo civil.

.. Recurso: de casación por infracción de ley.

.. Magistrado ponente: Cayetano OCA ALVARELLOS

.. Hechos:

Mediante escrito fecha 11 mayo 1948, el actor don Esteban del A.G. dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Madrid, demanda de mayor cuantía contra don Andrés. don Joaquín Pedro, don José y doña Javiera del A.R. y contra don José T.G. sobre disolución de sociedad conyugal y otros extremos, estableciendo sustancialmente como hechos: Que el 17 diciembre 1938 doña Carmen del A.R. y don José T.G. contrajeron matrimonio civil ante el Juez Municipal del Distrito de la Universidad de Madrid en presencia de los testigos don Luis G.G. y don Pablo T.G. cuyo matrimonio se inscribió en el Registro Civil: que en 19 -- enero 1916 falleció en Madrid doña Carmen del A.R. en estado de casada con el don José T., inscribiéndose la defunción en el Registro Civil del Distrito de la Universidad; que don José del A.R. por escrito de 12 de mayo 1946 soli-

citó la declaración de herederos de doña Carmen del A. a favor del solicitante de sus hermanos don Andrés, don Joaquín Pedro y de doña Javiera y de su sobrino el aquí actor éste en representación de su finado padre don Francisco -- del A.R., hermano que fué de la causante y a la que premurió y a favor también del cónyuge superstite don José T.G. a cuya solicitud accedió el Juzgado de Primera Instancia -- declarando únicos y universales herederos de doña Carmen -- por partes iguales a sus cuatro hermanos de doble vínculo y a su sobrino el actor; que el actor realizó, sin resultado, gestiones amistosas cerca de los demás herederos de la finada y del cónyuge viudo para que se procediese a la liquidación de la sociedad de gananciales que existió entre la causante y su marido, disuelta a la muerte de aquella, habiéndose por último celebrado, sin avenencia, acto conciliatorio con aquellos demandados. Terminó suplicando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos. a) Declarar disuelta, por haber quedado extinguido el matrimonio A.R.T.G. la sociedad legal de gananciales que como régimen matrimonial rigió durante la existencia del indicado matrimonio; b) condenar a don José T.G. como cónyuge superstite de doña Carmen del A. y a D. Andrés, don Joaquín Pedro, don José y doña Javiera del A.R. como herederos de dicha señora a que procedan a la liquidación de la sociedad legal de gananciales que rigió durante el expresado matrimonio -- c) condenar a don José T.G. a que entregue a los herederos de doña Carmen del A. los bienes dotales y parafernales de la misma, en el caso de que existieran, y a la mitad de los gananciales que queden como permanente líquido después de --

la oportuna liquidación de la sociedad conyugal de gananciales habida en el matrimonio de referencia; y d) imponer a los demandados las cosas del juicio. Compareció únicamente don José T.G., siendo declarados en rebeldía los demás y se opuso a la demanda estableciendo como hechos que estaba conforme con los de la misma y añadiendo circunstancias que son: que doña Carmen del A.R. no hizo aportación de bienes a su matrimonio con don José T.G.; y que de dicho matrimonio no tuvo descendencia, así como tampoco ninguno de los dos esposos fuera de su enlace. Suplicó se dictara sentencia por la que se le absolviera de la demanda.

El Juez de Primera Instancia dictó Sentencia desestimando la demanda interpuesta con expresa condena de costas. Apelada la sentencia la Audiencia Territorial declaró resuelta la sociedad de gananciales que rigió durante el matrimonio de doña Carmen del A.R. y de don José T.G. celebrado el 17 de diciembre de 1938 y condenó al don José T. a que se avenga a practicar la liquidación de la citada sociedad desde aquella fecha entregando a los herederos de doña Carmen del A. los bienes dotales y parafernales que ésta tuviera y su mitad de gananciales, lo que se determinará en ejecución de sentencia sin especial condena de costas en ambas instancias.

Se interpuso recurso de casación por infracción de Ley por los motivos que se recogen en los considerandos que a continuación se insertan".

.. Sentencia:

"CONSIDERANDO: Que la cuestión fundamental que el - recurso plantea, se reduce a discernir si son o no viables las pretensiones que en la demanda se formularon y que acogió la sentencia dictada por el Tribunal "a quo", porque estimó, en síntesis, que no habiéndose decretado la nulidad del matrimonio civil contraído en 18 de diciembre de 1938 por doña Carmen del A.N. con don José T.G. - siguiera se anulara el acta en que tal matrimonio se hizo constar, al amparo del apartado G artículo segundo de la Orden de 8 de marzo de 1939 (Rep. Leg. 291 y Diccionario 16396), es de aplicar el supuesto controvertido la norma del artículo 69 del Código Civil, lo que permite, según la sentencia impugnada abrir paso en el orden económico a la liquidación de los bienes de la sociedad conyugal, como - consecuencia del fallecimiento de la esposa doña Carmen - del A., acaecido en 19 de enero de 1946.

CONSIDERANDO: Que en el primero de los motivos del - recurso, apoyado en el número primero del artículo 1692 - de la Ley Procesal Civil, que es en esencia la base de la sentencia impugnada, por estimar que derogados en la fecha en que el matrimonio se contrajo la Ley de matrimonio civil y restablecido el régimen anterior, el hecho de que - no procediese a la celebración de aquél la declaración -- de acatolicidad, determina no la nulidad, sino la inexistencia del vínculo y no permite deducir las consecuencias

económicas que se derivaban del fallecimiento de uno de los contrayentes; pero al razonar de ese modo, el recurrente olvida que el restablecimiento de la vigencia del Código, lejos de conducir a la solución que el recurrente propugna, lleva a la contraria, porque aún no citando en apoyo de sus tesis el único artículo que era aplicable al caso (el 42 del propio Código por el que se establecen las formas del matrimonio), lo cierto es que los razonamientos del recurrente se basan, aunque no se invoque, en ese precepto del que no puede derivarse, ni una razón de inexistencia, ni siquiera un pronunciamiento de nulidad por causa que no sea cualquiera de las establecidas taxativamente en el artículo 101 del Código en vigor: y aunque ello bastaría para justificar la posición de la sentencia de instancia, tampoco puede decirse que el juzgador que la dictó infringiese el artículo 69 del Código Civil, porque interpretado rectamente, como una consagración legal del denominado matrimonio putativo, la eficacia de éste ha de inferirse de la creencia de que se contraía un matrimonio legítimo presumible en los que ignoraban la derogación de la Ley a que se acogieron en el momento de contraerlo y de la presunción de buena fé que ampara a los contrayentes, según el tenor del párrafo --tercero del propio artículo, y que solo cabe combatir --por prueba que corre a cargo del impugnado, y que no se ha practicado.

CONSIDERANDO: Que por la fuerza de estas consideraciones que se ajustan a la correcta interpretación de los preceptos que se suponen infringidos, hay que desestimar el motivo segundo del recurso que también al amparo del número primero del artículo 1692 de la Ley Procesal, denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 1429 -- del Código Civil: porque articuló ese motivo, sobre la base de que no hubo matrimonio (inexistencia), o que el con--traído no merece el concepto de putativo, la razonada de--sestimación de esa tesis, lleva consigo la justificación -- del pronunciamiento del Tribunal, con arreglo a lo dispues--to en el artículo 69, cuya aplicación combate paradógica--mente, uno de los cónyuges, y precisamente cuando la muer--te del otro había disuelto el vínculo reduciendo la cues--tión en el momento de formularse la demanda a un problema meramente patrimonial, razonamiento éste que hace innecesario el estudio del tercer motivo que aparte de referirse -- a una consideración hecha a mayor abundamiento, plantea so--bre esa base un problema de interpretación del Codex juris canonici de evidente inaplicación cuando lo que se discute es la eficacia de un matrimonio civil y la posibilidad y -- términos de aplicarle la legislación que conviene a los de su clase.

CONSIDERANDO: En fin, y por lo que se refiere al cuar--to motivo que, aparte de que en ocasión no puede alegarse con eficacia ni la aplicación ni la inaplicación de resolu



ciones de la Dirección General de Registros la invocación que la sentencia hace de la de 5 de octubre de 1950, contradice el contenido de la misma, que, respetuosa con la jurisdicción de los Tribunales, se limitó solamente a decretar la nulidad de un asiento, sin prejuzgar la validez de su contenido, y por eso, y porque en la contestación - a la demanda invocó el demandado recurrente esa Resolución se creyó en el caso de precisar sus términos y alcance, - solo al efecto de establecer en una correcta interpretación, que de ella y de su falta de convalidación no podía derivarse un pronunciamiento de nulidad, lo que basta para concluir, que ese motivo de impugnación, es tan inconsistente como los anteriores, lo que constituye una razón más para desestimarlos, si no militasen en favor de la desestimación de ese motivo otras consideraciones, como son las que en el curso del mismo ponen al descubierto la inconsecuencia del recurrente que después de invocar preceptos y doctrinas que se refieren en el fondo al matrimonio contraído por los católicos, únicos obligados a declaraciones sobre su catolicidad, razona sobre la base de una declaración -- que sólo es obligada para los que no profesan esa religión; añade que es muy posible que los cónyuges no profesasen la religión Católica, y a pesar de todo, en ella se basa para solicitar indirectamente la nulidad del suyo, y pretende - reducir a una categoría no clasificada el que con carácter civil se contrajo ante el Juez Municipal de Madrid".

.. Preceptos legales citados

. Artículo 69 del Código Civil

"El matrimonio contraído de buena fé produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo.

Si ha intervenido buena fé de parte de uno sólo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos.

La buena fe se presume, si no consta lo contrario.

Si hubiere intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges, el matrimonio sólo surtirá efectos civiles respecto de los hijos".

.Artículo 1429 del Código Civil:

"Cuando la sociedad de gananciales se disuelva por anulación del matrimonio, se observará lo prevenido en los artículos 1373, 1378, 1427; y si se disuelve por causa de la separación de los bienes de los esposos, se cumplirá lo dispuesto en el capítulo VI de este título".

Nos encontramos en este caso, ante un matrimonio civil contraído al amparo de la legislación republicana pero con posterioridad al 12 de marzo de 1938, si a este -- punto se le añade el hecho de que el recurrente no pretende que el matrimonio sea nulo sino inexistente, será fácil

comprender que nos encontramos ante un caso más complejo que las anteriores.

Pero antes de entrar en el análisis de la sentencia tratemos de comprender la pretensión del recurrente:

Habiendo quedado su matrimonio -o apariencia de matrimonio- disuelto por fallecimiento del cónyuge, pretende que se declare la inexistencia de bienes gananciales o propiedad de su cónyuge.

En primera instancia alude a la no aportación de bienes de la mujer al acudir al matrimonio, más adelante -en el recurso- pretende que su matrimonio sea declarado "inexistente. No pretende que declare nulo por varios motivos:

1º Cuando en anteriores ocasiones se ha pretendido -una declaración de nulidad, por parte del T.S., apoyándose en la no declaración de "no profesión...", el T.S. ha respondido que las únicas causas de nulidad vienen recogidas en el artículo 101, -y así se ocupa de recordarlo en esta misma-. El recurrente no quiere llegar al mismo resultado.

2º Un matrimonio nulo puede hacer entrar en juego el artículo 69 del C.c. (en el que se habla de matrimonios nulos, pero no de matrimonios inexistentes).

32 Un matrimonio inexistente no puede hacer entrar en juego el artículo 1429 del C.c. uno nulo si.

Pero todo esto poco importa a nuestros efectos salvo que hay un intento de lograr una declaración de inexistencia, en razón de la no declaración de no profesión.

Ante un matrimonio contraído durante la guerra civil en zona republicana y con posterioridad a la Ley derogatoria de la del matrimonio civil; el T.S. considera que el matrimonio será nulo, pero no por inexistencia de la declaración de la Ley de 12 de marzo de 1938 y su grupo normativo. Será nulo, pero putativo y presumiblemente contraído de buena fe.

Así pues el T.S. sigue sin hablar para nada de bautismo, escasa influencia ha tenido la orden de 1941, cuando - 15 años más tarde el T.S. no menciona su idea central. Y - no se diga que el T.S. está aplicando la legislación vigente en el momento de contraerse matrimonio, porque en ella no se hablaba de declaración de "no profesar...".

-Sentencia de 16 de mayo de 1959

.....

..Sala segunda o de lo civil

..Recurso: de casación por infracción de ley

..Magistrado ponente: Acacio CHARRIN Y MARTIN VEÑA

.. Hechos:

"Por escrito fecha 31 julio 1952, el actor don José G.E., dedujo ante el Juzgado de 1ª Instancia número 3 de Zaragoza demanda contra doña Pascuala A.P. y el Ministerio Fiscal sobre nulidad de matrimonio.

En los considerandos de la sentencia se regogen fielmente los hechos necesarios para su estudio.

La parte demandada alega que en la celebración del matrimonio civil con el actor no medió ni coacción ni engaño alguno.

El Juez de 1ª Instancia dictó sentencia desestimando la demanda sin expresa condena de costas. Apelada la sentencia la Audiencia Territorial la revocó y declaró nulo y sin ningún efecto jurídico el matrimonio civil contraido entre el actor y la demandada sin hacer expresa condena de costas en ninguna de ambas instancias.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los Considerandos que se transcriben

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto y en consecuencia, dictó segunda sentencia -- confirmando la pronunciada por el Juez de 1ª Instancia".

.. Sentencia:

"CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida funda su fallo: primero en que al celebrarse el matrimonio civil de autos se encontraban en vigor en España (Considerando segundo) dos leyes contradictorias, el Codex Juris Canonici y la Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932 (Rep. Leg. 849) y que nada dice de conceder efectos civiles a los matrimonios canónicos, segundo que ese aludido matrimonio "aunque aparentemente revista todos los caracteres de autenticidad, es lo cierto que fué otorgado deliberadamente en fraude de la Ley Canónica" (Considerando cuarto), tercero que se otorgó por unos contratantes que no tenían la libertad suficiente para prestar su consentimiento, pues su Ley canónica les imponía otra cosa y bien por ignorancia o por las razones que fuera, es lo cierto que realizaron un acto nulo por la malicia que encierra, o en otro caso viciado, creyendo que celebraban el matrimonio por ellos querido, el que siempre practicaron, el que les imponían sus leyes y costumbres y cuarto que además se llegaba a la solución dada por la sentencia haciendo aplicación de la analogía, porque la disposición segunda transitoria de la Ley derogatoria de la del Divorcio (Rep. Leg. 1939, 1359 y Diccionario 6879), dice que se entenderán disueltos para todos los efectos civiles mediante declaración judicial solicitada por cualquiera de los interesados, las uniones civiles celebradas durante la vigencia de la Ley que deroga, y en las que uno o ambos cónyuges se hallasen divorciados a tenor de la

misma Ley encontrándose ligados canónicamente a otra per  
sona (Considerando quinto), fundamentos todos estos com-  
pletamente erróneos.

CONSIDERANDO: Que el primero de ellos es equivocado  
en primer término porque en virtud del artículo sexto de  
la citada Ley de Matrimonio Civil no quedó vigente para -  
el Estado español más que el Código Civil como legislación  
sobre la forma de contraer el matrimonio y sus efectos ci  
viles, y en segundo lugar porque no existía la contradic-  
ción que cree la sentencia recurrida, pues eran perfecta-  
mente compatibles las disposiciones sobre esos dos puntos  
concretos que ahora se tratan, aunque no lo fuera en cuan-  
to a otros, entre las legislaciones canónica y la civil -  
ya que ninguna de las dos prohibía contraer el matrimonio  
bajo esas dos formas, si bien la Iglesia había obligatoria  
para sus miembros la forma canónica y demuestra esa compa-  
tibilidad que es público y notorio que en ese periodo de -  
tiempo los que tenían verdaderamente arraigadas sus convic-  
ciones católicas contraían su matrimonio observando las --  
formalidades de ambas legislaciones sin el menor obstácu--  
lo ni dificultad para ello, y tampoco existía tal' contra--  
dicción respecto a los efectos civiles porque al no tener  
dispuesto la Iglesia nada expresamente sobre esos efectos  
de su matrimonio y dejar estos a los potestad civil (Codex  
Juris Canonici, canon 1016 y capítulo nueve libro tercero)  
es imposible que existiera la contradicción que se supone.

CONSIDERANDO: Que tampoco es exacto que ese matrimonio fuera celebrado en fraude de la Ley canónica, ya que no cabe confundir el fraude legis cuya característica es el engaño para dar apariencia de legalidad a un acto disimulado que elude o que viola una disposición legal, con el simple y abierto incumplimiento de ésta, que en el caso presente constituiría el no haberse ajustado los contrayentes al canon 1012 del citado Codex pues en su aspecto-religioso solo atañe a la jurisdicción eclesiástica, y en el orden civil cualquiera que fuera el carácter de esta infracción de la Ley Canónica no tendría repercusión en el matrimonio civil celebrado en el año 1933 porque no estaban obligados los contrayentes entonces a hacer declaración de acatolicidad.

CONSIDERANDO: Que la falta de libertad para prestar el consentimiento que se recoge bajo el número tercero del primer Considerando de esta sentencia no es, a diferencia de otros una "quaestio facti" sino un "quaestio juris" y por tanto impugnabile al amparo del número 1º del art. -- 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como hacen los recurrentes pues la deriva el Tribunal sentenciador de la -- inobservancia de disposiciones legales, y aparte de la contradicción que implica que la existencia de un precepto canónico coarte la libertad según dice el recurso para infringirlo como hicieron los contrayentes, y prestar el consentimiento para el acto civil, y el que llegue la Audiencia a estimar nulo el matrimonio civil por la malicia que



encierra debido a la ignorancia, términos entre sí compatibles "o por las razones que fuera" que no menciona y parece ignorar, imprecisión o desconocimiento que nunca puede ser apoyo para una declaración de nulidad y tampoco -- hay base para estimar viciado tal consentimiento por creer que era el matrimonio celebrado el que querían celebrar -- como católicos, por la evidente falta en aquél acto civil de las más conocidas formalidades de este católico.

CONSIDERANDO: Que es inaplicable por analogía al caso actual la disposición segunda transitoria de la Ley derogatoria de la del Divorcio porque ésta se refiere exclusivamente a casos en que los cónyuges estén divorciados y no puede equipararse a esa situación legal la mera separación de hecho voluntaria sin declaración judicial porque falta el estado de derecho creado por ésta.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto procede, como solicitan los dos recurrentes, la casación de la sentencia impugnada".

.. Preceptos legales citados:

.. Canon 1012 del Codex Juris Canonici:

" 1. Christus Dominus ad sacrameni dignitatem evexit ipsum contractum matrimonialem inter baptizatos.

2. Quare inter baptizatos nequit matrimonialis con-

tractus validus consistere, quin sit eo ipso sacramentum"

.Canon 1016 del Codex Juris Canonici:

"Baptizatorum matrimonium regitur iure son solum di-  
vino, sed etiam canonico, salva competentia civilis potes-  
tatis circa mere civiles eiusdem matrimonii effectus".

La misma pretensión que en los anteriores supuestos:  
lograr la nulidad matrimonial. Un camino distinto. En los  
supuestos anteriores, se decía que los que profesaban el  
catolicismo -los que no habian declarado la no profesión-  
deberian contraer matrimonio canónico, en virtud del orde-  
namiento estatal. Ahora se afirma -afirma la Audiencia te-  
rritorial, y ello sin especial brillantez técnica- que de-  
ben de contraerlo canónico en virtud de que así lo dispo-  
ne el ordenamiento canónico -lo que es cierto, pero la pro-  
tección del ordenamiento canónico no es misión de los tri-  
bunales civiles, y menos respecto a periodos en los que el  
Derecho Canónico no tiene ninguna vigencia en el ámbito es-  
tatal, como es el caso-.

El T.S., con argumentos en nuestra opinión contundentes,  
se ocupa de desautorizar la errónea pretensión de la  
Audiencia.

Tal vez sin necesidad, en el segundo considerando -  
afirmó el T.S. "...no estaban obligados los contrayentes  
entonces [1933] hacer declaración de acatolicidad;" el

T.S. señala, pues, una vez más, este punto, si bien ahora no representa una aguda disonancia con respecto a la interpretación mantenida por la Administración.

- Sentencia de 16 de diciembre de 1960

.....

..Sala: primera o de lo civil.

..Recurso: de casación por infracción de ley

..Magistrado ponente: Antonio DE VICENTE TUTOR Y GUEL  
BENZU.

..Hechos:

"Por escrito fecha 9 septiembre 1953, que por reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 11 de los de Barcelona la representación de doña Maria M. Ll., formuló contra don Alberto N. Ll. demanda de juicio declarativo de mayor cuantía sobre nulidad de matrimonio civil.

La actora <sup>alega</sup> ~~que~~ que estando bautizada, así como también el demandado, contrajeron matrimonio civil el 1 de octubre de 1932 bajo la condición de separarse si el tal matrimonio no les iba bien; que posteriormente a causa de los malos tratos del marido tuvo que separarse de hecho. Termina suplicando se dicte sentencia dando lugar a la demanda y declarando la absoluta nulidad del matrimonio civil celebrado con el demandado el 1 de octubre de 1932, - así como declarar nula de pleno derecho la inscripción del mismo en el Registro y subsidiariamente, para el caso de -

no declararse tal nulidad, declarar el divorcio civil de las partes, considerando a la actora cónyuge inocente, - imponiendo las costas al demandado si se opusiere.

Contestó la demanda el Ministerio Fiscal oponiéndose.

El demandado se allanó a la demanda.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando en todas sus partes la demanda, sin hacer expresa condena en costas. Apelada la sentencia fué confirmada en todas sus partes por la Audiencia Territorial, sin hacer declaración de costas en ambas instancias.

Se interpuso recurso de casación por infracción de Ley por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso."

-Sentencia:

"CONSIDERANDO: Que conforme viene declarando esta Sala derogada por la llamada Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932 (Rep. Leg. 849) el artículo 42 del Código Civil y disposiciones complementarias y hasta que se publicó la Ley de 12 de marzo de 1938 (Rep. Leg. 269 y -- Diccionario 12696) que derogó a su vez la de matrimonio civil, sin dar carácter retroactivo a sus disposiciones, - salvo en los casos taxativos que enumera entre los que no

se encuentra el de autos, medió un lapso de tiempo en el que carecia de vigencia citado artículo 42 y durante el - cual por carencia de precepto legal que lo autorice, no - cabe decretar la nulidad civil de los matrimonios civiles celebrados en su interregno, salvo claro está, los casos y por las circunstancias marcadas en dicha Ley de 1932, - las señaladas en el artículo 1º del Código Civil y las -- disposiciones de la llamada Ley de divorcio durante su vi- gencia, al no poderse aplicar a ellos ni el Concordato de 1953 ni la Orden de 10 de marzo de 1941, por ser posterio- res en fecha al referido plazo, sin que contengan, como - queda expuesto, disposición expresa que dé caracter re--- troactivo a sus preceptos, y como consecuencia y probado plenamente en el juicio que el matrimonio civil de autos- tuvo lugar el 1º de octubre de 1932, no pueden prosperar ni el primer motivo del recurso, encauzado procesalmente en el número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjui- ciamiento Civil y en que se denuncia la violación de los artículos 4º, 42 y 76 del Código Civil, 23 del Concordato de 27 de agosto de 1953 (Rep. Leg. 1371 y Apéndice 1951- 55 1053), 1º de la Ley de 12 de marzo de 1938 (Rep. Leg. 269 y Diccionario 12696) y 1º de la Orden de 10 de marzo de 1941 (Rep. Leg. 498 y Diccionario 12694), nota articu- lo 42) y por aplicación indebida del 101 de dicho cuerpo legal y 1º de la Ley de 28 de junio de 1932 (Rep. Leg. 849), al ampararse la demanda en el hecho de profesar la Religión Católica y haber recibido el Sacramento del Bautismo los - contrayentes, ni tampoco el segundo, amparado en el mismo precepto procesal subsidiario del anterior y basado en la

violación del número segundo del artículo 36 del Concordato y en la aplicación indebida por la sentencia impugnada de la disposición transitoria de la tantas veces mencionada Ley de 1938 en relación a la de 1932.

CONSIDERANDO: Que el tercer motivo del recurso por - el mismo cauce procesal que los anteriores, denuncia la - aplicación indebida del artículo 301 del Código Civil y - violación de los 49, 100 1116 y 1261 del mismo Cuerpo legal, basándose para ello en que el consentimiento prestado por los cónyuges el matrimonio civil estaba condicionado a que les fuera bien en la vida conyugal, privando a - la unión de su carácter permanente por estar celebrado "a prueba" por lo que, siendo nula tal condición, lleva consigo la nulidad plena del negocio jurídico otorgado entre los contrayentes, y habida cuenta que como se sostiene en la sentencia del Juez de Instancia, aceptada, por la recurrida, tan absurda e inadmisible condición no puede ser - aceptada en forma alguna, no está comprendida, ni podía - estarlo, en las normas del artículo 101 del Código y además no se ha probado en concurrencia, es de todo punto repudiable la alegación y tampoco puede prosperar ese segundo motivo, que ni siquiera combate por el cauce adecuado la declaración de hecho de la sentencia.

CONSIDERANDO: Que, por último, debe asimismo desestimarse el cuarto motivo del recurso, por la misma vía procesal que las anteriores y en que se denuncia la violación del párrafo cuarto del artículo 24 del Concordato de 27 -

de agosto de 1953, basado en que manifestado por la Autoridad Eclesiástica que el matrimonio civil cuya nulidad - se solicita no constituye impedimento para la celebración de matrimonio canónico de cualquiera de los contrayentes con tercera persona, las Autoridades Civiles vienen obligadas a guardar acatamiento a tal resolución y prestarle el debido apoyo en su ejecución conforme al precepto invocado, ya que la sentencia recurrida para nada invade la - jurisdicción de la Iglesia al limitarse a tratar civilmente el matrimonio civil de referencia, anterior en fecha - al Concordato que, como queda antes expuesto, no contiene tampoco disposiciones de carácter retroactivo, sin olvidar la plena vigencia del artículo 51 del Código Civil".

.. Preceptos legales citados:

. Artículo 75 del Código Civil

"El matrimonio canónico, en cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general, a su reglamentación jurídica, se regirá por las disposiciones de la Iglesia Católica".

. Artículo 76 del Código Civil

"El matrimonio canónico producirá todos los efectos - civiles respecto de las personas y bienes de los conyuges y sus descendientes" (463).

---

(463) En su redacción actual, a partir de la ley de 24 de abril de 1958, dice: "El matrimonio celebrado según

. Artículo 100 del Código Civil.

"Se celebrará el casamiento, compareciendo ante el Juez Municipal los contrayentes, o uno de ellos y la persona a quien el ausente hubiese otorgado poder especial para representarle, acompañados de dos testigos mayores de edad y sin tacha legal.

Acto seguido, el Juez Municipal, después de leídos - los artículos 56 y 57 de este Código, preguntará a cada uno de los contrayentes si persiste en la resolución de celebrar el matrimonio, y si efectivamente lo celebra; y respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta de casamiento con todas las circunstancias necesarias para hacer constar que se han cumplido las diligencias prevenidas en esta Sección. El acta será firmada por el Juez, los contrayentes, los testigos y el secretario del juzgado.

Los Cónsules y Vicecónsules ejercerán las funciones de jueces municipales en los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero".

. Artículo 1116 del Código Civil:

---

las normas del Derecho Canónico produce desde su celebración plenos efectos civiles.

Para que estos sean conocidos bastará con la -- inscripción del matrimonio correspondiente en el Registro Civil.

Cuando la inscripción se solicite una vez transcurridos cinco días desde la celebración, no perjudicará los derechos legítimamente adquiridos por terceras personas".



"Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa.

La condición de no hacer una cosa imposible se - tiene por no puesta".

. Artículo 1261 del Código Civil.

"No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1º Consentimiento de los contratantes.

2º Objeto cierto que sea materia del contrato.

3º Causa de la obligación que se establezca".

.Artículo 23 del Concordato de 1953

"El Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho -- Canónico."

.Párrafo 4 del artículo 24 del Concordato de 1953.

"En general todas las sentencias, decisiones en - via administrativa y decretos emanados de las Autoridades eclesiásticas en cualquier materia dentro del ámbito de su competencia tendrán también efecto en el orden civil cuando hubieren sido comunicados a los competen-- tes Autoridades del Estado, las cuales prestarán, ade-- más, el apoyo necesario para su ejecución."

. Párrafo 2 del artículo 36 del Concordato de 1953.

"Con la entrada en vigor de este concordato, se -  
entienden derogadas todas las disposiciones contenidas  
en Leyes, Decretos, Ordenes, y Reglamentos que, en cual  
quier forma, se opongan a lo que en él se establece."

Se plantean aquí, una vez más, diversos temas a -  
los que no prestaremos mayor atención: retroactividad  
del sistema matrimonial (464), el matrimonio sometido a  
condición, la competencia de la jurisdicción civil y ca  
nónica en materia matrimonial, etc.

En lo que se refiere al tema objeto central de -  
nuestro estudio: el contenido del término "profesar...",  
un punto nuevo surge: de todas las sentencias analiza-  
das hasta el momento es esta en la única en la que se  
habla de bautismo. ¿Qué alcance puede tener esto?.

Expongamos, en primer lugar, la situación en sus  
justos términos:

---

(464) "El Tribunal Supremo ha seguido en este punto una  
línea un tanto fluctuante. En sentencia de 16 de  
diciembre de 1960 se inclinó claramente por la --  
irretroactividad del sistema matrimonial...", ---  
ARECHERRA ARANZADI, Luis Ignacio, El sistema..., -  
cit., pág. 958.

DIEZ-PICAZO, en la exposición de hechos que antecede su comentario a esta sentencia, no se refiere a bautismo sino a "ser de religión católica" (465): sin embargo, en la exposición realizada en el Repertorio ARANZADI se afirma: "La actora alega que estando bautizada, así como también el demandado..." (466). En el Considerando primero del T.S. se dice: "...al ampararse la demanda en el hecho de profesar la Religión Católica y haber recibido el Sacramento del Bautismo los contrayentes...". Pensamos que es muy probable que en la demanda solo se hablase de estar bautizado. Y que el T.S. interpretase que lo que se pretendía decir es "profesar la religión católica", ocupándose de señalar de que son cosas distintas, de ahí la conjunción copulativa "y". De ser esto cierto, encontraríamos una influencia de la Orden del 41 en la demanda -recordemos que el inicial escrito de demanda es del 1953-, y una influencia de la anterior jurisprudencia, de la doctrina, de la D.G.R. y N. y del Decreto de 1956, en definitiva de un sentir generalizado, en el Tribunal Supremo.

En definitiva, el Tribunal Supremo no pretende dotar de contenido aquí al término profesar, habla de ---

---

(465) DIEZ-PICAZO, Luis, Estudios..., cit., pág. 23.

(466) REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA ARANZADI, 1960, - pág. 2681.

"profesar" sin más; no se inclina -como en anteriores sentencias- por considerar que "no profesar" consiste en declarar que "no se profesa" -tampoco lo rechaza- pero si se preocupa de señalar que "profesar" y estar bautizado son cosas distintas.

-Sentencia de 16 de febrero de 1961  
.....

..Sala: primera o de lo civil

..Recurso: de casación

..Magistrado ponente: Francisco BONET RAMON

..Hechos:

"El día 14 de abril de 1955 y ante el Juzgado de Primera Instancia número 15 de los de Barcelona, se -  
entabla demanda de nulidad de matrimonio civil contra-  
do por la actora con el demandado, alegando substancial-  
mente que ambos litigantes contrajeron matrimonio ci-  
vil el 20 de octubre de 1938 en el Juzgado Municipal -  
de Barcelona y que ambos militaban en el seno de la re-  
ligión Católica, por lo que habiendo delebrado dicho -  
matrimonio con arreglo a la legislación civil habían -  
violado lo dispuesto en el artículo 42 del Código Civil.

El Juzgado declaró no haber lugar a la nulidad del matrimonio y apelada esta sentencia por la demandante la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona confirmó en todas sus partes, la senten-  
cia apelada.

El recurso de casación es estimado por el Tribunal Supremo que, en su segunda sentencia declara la - revocación de la sentencia de instancia y la nulidad de pleno derecho del matrimonio civil celebrado entre las partes y ordena la extensión del oportuno asiento en el acta correspondiente de la sección de matrimonios del Registro Civil".

.. Sentencia:

"CONSIDERANDO: Que la Ley de 12 de marzo de 1938 (Rep. Leg. 269 y Diccionario 12696), que empezó a regir para todos los matrimonios de españoles, incluso - los celebrados en territorio no liberado, el 21 del -- mismo mes y año, dispuso que quedasen derogadas, la -- Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932 (Rep.-- Leg. 849) y las disposiciones dictadas para su aplicación (artículo primero), declarando vigentes con carácter transitorio -hasta tanto se dictasen nuevas normas- complementarias del mismo que estaban en vigor en la - fecha de la publicación de la Ley que se derogaba (Disposición final), y habiendo parado mientes el legislador de que entre sus normas complementarias se encontraba la Orden de 10 de febrero 1932 (Rep. Leg. 200), derogatorias de la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, - que había dispuesto no se exigiera a los que solicitasen la celebración del matrimonio civil declaración alguna respecto a sus creencias religiosas ni de la religión que profesasen, convirtiendo así el matrimonio ci-

vil tipificado en el artículo 42 de nuestro Código como subsidiario, en facultativo por Orden de 22 de marzo de 1938 (Rep. Leg. 283), prescribió que los expedientes de matrimonio civil promovidos al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932 podían seguir tramitándose y ultimar, siempre que ambos contrayentes o uno de ellos declarasen expresamente que no profesaban la Religión Católica, sin cuya declaración no podría en modo alguno autorizarse el matrimonio civil para los españoles (artículo primero).

CONSIDERANDO: Que acreditado en autos que la actora hoy recurrente doña Adoración T.G. y el demandado don José A.G. contrajeron matrimonio civil en Barcelona el 20 de octubre de 1938 ante el Juez Municipal y dos testigos así como que ambos están bautizados, es inexcusable declarar la nulidad por haber sido atentado con infracción de lo dispuesto en el artículo primero y Disposición final de la Ley de 12 de marzo de 1938 y del artículo 1º de la Orden de 22 de marzo de 1938, dando lugar al motivo primero del recurso.

CONSIDERANDO: Que asimismo es de estimar el motivo segundo que denuncia la interpretación errónea del párrafo primero del artículo 4º y del artículo 101 del Código Civil, pues como tiene declarado esta Sala en sus sentencias de 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959 (Rep. Jurisp. 3958 y 3987), el caso de ser católicos por los menos uno de los contrayentes, implícitamente -

comprendido según la doctrina en el número 4º del artículo 101 de la Ley sustantiva Civil, está integrado de forma inequívoca en el artículo 42, sustancial en la materia que entraña la definición y esencia de la institución, por lo que aparece evidente, que conforme al artículo 4º del mismo Código, el matrimonio celebrado por los litigantes es nulo, con nulidad radical como realizado contra lo dispuesto en la ley".

Precisa esta sentencia, con toda nitidez, cuales son las fechas en materia de matrimonios civiles contraidos al amparo de la legislación republicana. Deja bien claro, la precipitación del legislador "bélico"-español.

La mención, en el último considerando, a que basta con que uno de los contrayentes "profese el catolicismo" para que el matrimonio deba celebrarse canónicamente nos parece correcta, como ya se señaló más arriba; sin embargo no deja de sorprender que se afirme al final del primer considerando, siguiendo la Orden de 22 de marzo de 1938, que basta con que uno de lo profe se para que se pueda contraer matrimonio civil.

Aun es más sorprendente la afirmación contenida al final del primer considerando, afirmación cuyo sentido es que el artículo 42 del C.c. regula un sistema de matrimonio civil subsidiario, pero que puede ser --

convertido en facultativo por una Orden Ministerial.

Del texto del segundo considerando "ambos estan - bautizados", podria deducirse que el T.S. identifica - "profesar" con "estar bautizado" . No creemos que sea - en eso en lo que está pensando, basta para ello leer - el considerando anterior, creemos que se trata un ca-- so más de empleo de una terminología cambiante, sin -- ningún intento de precisión. Además tengamos en cuenta que nos encontramos en 1961, con la Orden del 41 clara-- mente derogada por posteriores disposiciones de supe-- rior rango normativo, y ante un tribunal que considera modificable el sistema matrimonial por orden Ministe-- rial y por lo tanto, con mayor motivo, por disposicio-- nes de rango superior.

El T.S., en las siete sentencias que acabamos de comentar, no pretende dar un contenido al término "pro-- fesar". El T.S., lo único que pretende, es declarar la vigencia y el plazo de vigencia de la legislación ma-- trimonial de la República. Las partes pretenden la de-- claración de nulidad del matrimonio, en algunas ocasio-- nes sin ninguna otra razón expresa; en otras ocasiones para evitar la existencia de delito, o para lograr unas ventajas económicas.

El T.S. deja bien claro una serie de puntos, pero que pueden concretarse en uno: la legislación Republi-- cana es la única aplicable a efectos de matrimonio has



ta el 12 de marzo de 1938, es difícil señalar cual fué la legislación aplicada desde el 18 de julio de 1936 - hasta el 12 de marzo de 1938 en las zonas no republicanas; el T.S. no se planteó el problema, pero es claro, en las sentencias analizadas, en las zonas llamadas republicanas la fecha clave en materia matrimonial no es el 18 de julio de 1936, sino el 12 de marzo de 1938 (467).

La iretroactividad de la legislación matrimonial - queda clara. Tal vez pueda extraerse otra consecuencia de mayor trascendencia: el T.S. considera que el ordenamiento canónico esta vigente en España no por voluntad propia, sino por voluntad del ordenamiento español.

Aunque el T.S. no trate de dar contenido al término profesar -no necesita dárselo, puesto que tal término no está vigente en el derecho que aplica- si se puede deducir cual es la forma de pensar al respecto.

Hemos pretendido señalar que el T.S. cuando habla de "profesar" lo identifica -sin necesidad de identificarlo con nada a efectos de dictar sentencia-con "de--claración de profesión". Aunque la Administración pretende identificarlo, en esa época con estar bautizado, el T.S. no lo hace así. Y no es que esté aplicando alguna norma interpretadora del artículo 42 del C.c. an-

---

(467) Vid, en sentido contrario, S.T.S. 27-XII-56.

terior a la Orden del 41; es que sencillamente lo considera obvio. No creemos que S.T.S. 16-II-61, pueda -- considerarse, en nuestra interpretación, como una excepción a esta regla, sino como otra prueba más. Creemos que en la mente del magistrado que dicta las sentencias de 25-V-53, 25-I-56, 26-I-56 y 7-III-56, la Orden del 41 es nula de pleno derecho. Y no lo dice, porque, nadie se lo ha preguntado, pero lo piensa.

Que la Orden del 41 no cala en la forma de pensar con respecto al término profesar, aparece claro con observar los argumentos de los demandantes. Con la sola - excepción del demandante de S.T.S. 16-XII-60, todos piensan de forma similar al T.S.. Nadie alude a estar bautizados, sino a declaración. Y es obvio que de haber entrado en el análisis de tal punto, -recordemos que todos pretenden lograr la nulidad por "profesar"- les hubiese sido más fácil probar que estaban bautizados, que probar que no hicieron declaración de no profesión. Luego no son razones de facilidad de prueba las que impulsan a plantear la demanda de una forma determinada, sino la asunción de una forma de pensar generalizada.

b - Se plantea el problema del término "profesar", pero no se resuelve.

Analizadas, en el epígrafe anterior, un conjunto - de sentencias que tenían en común el hecho de que se --

referían a matrimonios contraidos al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932; analizaremos ahora otra serie de decisiones agrupadas en virtud de la actitud que - adopten ante el término profesar. Es bien cierto que las sentencias estudiadas más arriba, tenían en común -además del objeto de las mismas- una actitud del T.S., en ellas el término "profesar" se equipara a la "declaración de profesión".

Estudiaremos en este epígrafe aquellas sentencias en que planteándose, o al menos mencionándose, el problema del término profesar, el tema no es resuelto. Si se prefiere: aquél conjunto de sentencias que -al igual que cierto sector doctrinal consideran que "profesar la religión católica" es un término que no necesita ser interpretado.

La lista es, afortunadamente, corta:

- S.T.S. 12-XI-64
- S.T.S. 5-VII-65

Tratar de establecer una línea de tendencia con - tan escaso material es imposible. Son sentencias en las que no se entra en el tema que aquí interesa porque no es necesario (hay sin embargo, sentencias en las que - sin ser necesario se entra en el tema). Del hecho de -- que las dos sentencias citadas sean de fecha reciente, - no se puede extraer, pensamos, ninguna conclusión.

-Sentencias de 12 de noviembre del 1964  
.....

..Sala: primera o de lo civil.

..Recurso: de casación por infracción de ley

..Magistrado ponente: Francisco BONET RAMON

..Hechos:

"Doña Margarita F.C. y don Fermin y don Antolin -  
M.F. formularon en el Juzgado de 1ª Instancia nº 16 de  
los de Madrid demanda de juicio declarativo de mayor -  
cuantía, contra doña Rosa M.A. y el Mº Fissobre nuli--  
dad de juicio universal sobre prevención de juicio de  
testamentaria.

La parte actora solicita se dicte sentencia decla-  
rando la nulidad del procedimiento a partir de la fecha  
en que fué parte el M. Fiscal, en representación de don  
Felipe F.A. por ser de domicilio desconocido y ordenar  
que se citara a este señor en forma legal para la reali-  
zación de todas las diligencias, incluso la de inventa-  
rio por si le conviniera intervenir en ella o en otro -  
caso, y si no se personase, declararlo en rebeldia; con-  
denar a doña Rosa M:A; por haber promovido el juicio de  
testamentaria contrariando la prohibición del causante  
de la herencia a limitar su participación en el caudal  
hereditario a la legítima estricta que le pudiera corres-  
ponder, declarar que en el inventario de los bienes del  
causante no debía figurar más metálico que el existente  
en el momento de su defunción y no era el que existió -

en fecha anterior a aquél momento de su defunción, ni los valores que se transformaron o se adquirieron con posterioridad al fallecimiento del mismo, declarar -- que el matrimonio contraído por don Fermín M. con doña Rosa A. era nulo por no haber intervenido en el mismo el Cónsul de España en la Habana ni figurar inscrito -- en el Registro del Consulado; que igualmente era nulo el reconocimiento de la filiación de doña Rosa M.A. y declarar que en todo caso había prescrito la acción de los herederos de doña Rosa A.M. para intervenir en ese juicio de testamentaría y liquidar la sociedad de gananciales entre don Fermin M. y doña Rosa A., aún en el supuesto de que esta Sociedad hubiera existido, con imposición de costas.

La parte demandada se opuso y a su vez formuló reconvencción solicitándose se declarase válido el matrimonio contraído en la Habana por don Fermín M.G. y doña Rosa Romualda de las Mercedes A.M,

El Juez de 1ª Instancia dictó sentencia por la que estimando la excepción de defecto legal en el modo de -- proponer la demanda en lo que atañe a los hechos comprendidos en los núms 3º y 4º de la demanda, recogidos en -- el pedimento 1º de la súplica: 1º Absolvió en este pedimento a la demandada doña Rosa M.A. sin entrar en el fondo del asunto concreto a que alude; 2º Desestimando la demanda en el resto de los pedimentos, absolvió de -- la misma al Mº Fisc. por lo que respecta a los extremos

que a este Ministerio se refiere: 3º Absolvió igualmente de la expresada demanda a la demandada doña Rosa M:A. y 4º Estimando por el contrario, la reconvención declaró válido y eficaz con arreglo a la legislación Española el matrimonio contraído en la Habana por don Fermin M.G. y doña Rosa Romualda de las Mercedes A.M. cuyo matrimonio ha producido todos sus efectos civiles en España por haber sido a su tiempo debidamente transcrito en el Registro civil del Consulado Español de La Habana, condenando en consecuencia a perpetuo silencio sobre este extremo a los demandantes reconvenidos doña Margarita F.C. y sus hijos don Fermin y don Antolin M.F., con expresa imposición a éstos, de todas las costas causadas en este pléito. Apelada la sentencia la Audiencia la confirmó - con expresa condena en costas a la parte apelante.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El T.S. declaró no haber lugar al recurso interpuesto".

..Sentencia:

"CONSIDERANDO: Que según reiterada doctrina de esta Sala no pueden servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de ley, las normas de carácter procesal, prescindiendo de la Ley en que se hallen lo - que hace decaer los motivos primero, séptimo y octavo -

sobre la pretendida nulidad del procedimiento solicitada por los actores, hoy recurrentes, así como el motivo diez relativo al defecto legal en la forma de proponer la demanda, y el motivo diez y ocho, respecto a las costas, pues aún amparado en el art. 1902 del C. Civ., según reiterada jurisprudencia, cuando no hay un precepto especial en la Ley rituarial o convenio entre las partes litigantes, que obligue a determinado pronunciamiento - respecto al pago de las costas judiciales, no es susceptible de casación el acuerdo que sobre este punto adopte la Sala sentenciadora.

CDO: Que asimismo son desestimables los motivos segundo, sexto y noveno, amparados en el nº 7 del art. 1692 de la L.E.Civ. denunciando error de hecho en la apreciación de la prueba, que no puede prevalecer, por no tener el carácter de auténticos en casación los documentos básicos que han sido objeto de interpretación por el Tribunal "a quo" ni aquellos que no hagan prueba por sí mismos sin necesidad de interpretaciones, analogías o hipótesis, aparte de que la Sala sentenciadora en uso de -- sus atribuciones procedió a la apreciación conjunta de -- la prueba.

CDO: Que a la impugnación de la eficacia del matrimonio celebrado en La Habana por los padres de la demandada hoy recurrida, se enderezan los motivos once, doce, trece, catorce y quince que tampoco pueden prevalecer, -- pues como acertadamente proclama el Tribunal "a quo" en

el considerando tercero, el mismo día 6 agosto 1919 en que se contrajo el matrimonio civil celebraron además los contrayentes como católicos que eran, el respectivo matrimonio canónico, cumpliendo cuantos requisitos preceptua la Santa Madre Iglesia Católica y su Concilio de Trento en la Iglesia Parroquial de Nuestra Señora de la Caridad de La Habana, matrimonio canónico válido en Derecho transcribiéndose el acta de su celebración en el Registro Consular Español en la República de Cuba el día 5 de octubre 1946, y también en el Registro correspondiente del M<sup>o</sup> de Justicia Español, con lo que el matrimonio canónico de que se trata goza de plenitud de efectos civiles desde el día de su celebración, con independencia de la fecha de su transcripción en armonía con los artículos 75, 76 y 100 y concordantes del C. Civ. sin que la reforma de los primeros preceptos a que se refiere la sentencia recurrida, tenga otro alcance que el de corroborar a mayor abundamiento, ya que en la redacción originaria del C. Civ. se concedía igual eficacia al matrimonio canónico, por lo que a las disposiciones reformadas no se les da carácter retroactivo habiendo declarado la Resolución de la Dir. Gral de los Registros de 12 marzo 1941 evocando una Consulta del M<sup>o</sup> de Asuntos Exteriores "que en el supuesto de que los interesados hayan contraído matrimonio canónico y civil, el único que debe inscribirse en el Registro es el primero, que goza de eficacia en todos los países dado el cambio universal de las le-



yes de la Iglesia y que es obligatorio para todos los españoles que profesan la Religión Católica, sin que se haya pedido la nulidad de la inscripción, ni pueda apreciarse la existencia de la prescripción por haber transcurrido más de 30 años desde la celebración del matrimonio canónico, ya que no existe norma alguna que la establezca, bastando con la incoación del correspondiente expediente para la inscripción fuera de plazo, -2 con arreglo a los trámites de la Ley y Reglamento del Registro Civil.

CDO: Que igual suerte ha de correr el motivo diez y seis dedicado a impugnar la legitimación por subsiguiente matrimonio de la demandada hoy recurrida, pues aparte de la eficacia del acto matrimonial, así se consignó de manera clara y expresa, según consta en la correspondiente acta, practicada a virtud de comparecencia de los padres ante la Autoridad que aún cuando no sea la española, estaba encargada del Reg. Civ., no pudiendo desconocerse que en autos obra prueba abundantísima de la posesión por Rosa Fermina M.A. de estado de hija legítima, que tiene carácter de prueba supletoria con arreglo al art. 116 del C. Civ., y en todo caso -- bastaría, probado como está el matrimonio con el reconocimiento de ese estado hecho por el causante en dos testamentos sudesivos, que tienen el carácter de documentos auténticos a efectos del art. 115 del propio Código.

CDO: Que declarado por la jurisprudencia de esta -

Sala, que la acción de petición de herencia, por su -- naturaleza, como la del derecho de donde nace, es universal y puede ejercitarse durante treinta años (SS. -- de 18 mayo 1932 (Rep. 1056), 12 abril 1951 (Rep. 1012) y 12 noviembre 1953) (Rep. 2918), probado en autos como recoge la sentencia impugnada en su cuarto considerando que la demanda recurrida nacida el 27 diciembre 1907, no llegó a la mayoría de edad hasta el 27 diciembre 1930 tiempo durante el que el padre, don Fermin M.G. poseyó -- los bienes de la herencia no por sí y con ánimo e intención de hacerlos propios, sino por derecho de representación y en virtud del que la patria potestad le otorgaba, desde la fecha de la mayoría de edad hasta la muerte de don Fermin (31 enero 1949), es visto que no había --- prescrito la acción petitoria, con lo que decaen los motivos cuarto y quinto, y falta del requisito de la posesión en nombre propio, parece asimismo el motivo tercero en que se alega la usucapión.

CCO: Que también hay que desestimar el motivo diez y siete fundado en la prohibición testamentaria de la -- intervención judicial, pues no hay otra forma de llevar la a cabo cuando premurieron al causante dos de los con-- tadores partidores y el tercero, renunció a su cargo, y en todo caso tal condición, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, recogida en la S. de 12 diciembre 1959 (Rep. 4499), en el caso de autos habría de reputarse -- contraria a Derecho y por ello como no puesta con arre-

glo al art. 792 del C. Civ., no pudiendo ser sancionada la recurrida por utilizar el único medio adecuado para el logro de sus justas pretensiones que es la intervención de los Tribunales de Justicia, procediendo la desestimación íntegra del recurso".

.. Preceptos legales citados:

. Artículo 116 del Código Civil:

"A falta de los títulos señalados en el artículo anterior, la filiación se probará por la posesión constante del estado de hijo, legítimo."

. Artículo 792 del Código Civil:

"Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aún cuando el testador disponga otra cosa".

. Artículo 1902 del Código Civil:

"El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

. Número 7 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

"Habrá lugar al recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal... 7º cuando en la aprecia--

ción de las pruebas haya habido error de derecho o error de hecho, si este último resulta de documentos o actos - auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador."

Nos encontramos, pues, ante un caso en el que, casi simultáneamente, se contrae matrimonio civil y canónico; el T.S. no duda de la eficacia del matrimonio canónico, aun contraído en el extranjero, independientemente del - hecho de la inscripción.

Se insiste en la iretroactividad de la normativa - matrimonial salvo disposición contraria.

En lo que se refiere al tema que aquí nos ocupa, - la expresión profesar aparece únicamente en el seno de una cita de una resolución de la D.G.R. y N., cita en - el sentido de declarar que el matrimonio canónico es -- obligatorio para todos los españoles que "profesan la - Religión Católica". Creemos que el T.S. al mencionar es ta expresión en el seno de una sentencia con elementos que la "internacionalizan", lo que pretende es hacer fren te a la consideración de la "profesión" como elemento - formal, (lo que supondría a tal efecto la ley aplicable sería la del lugar en que se contraiga el matrimonio; - suponiendo una vía de escape de la aplicación del artículo 42 del C.c.

E. T.S. no pretende aclarar cual es el contenido --

del término profesar, no podemos aventuar si no entra a aclarar su alcance bien porque considera que tiene - un sentido claro, o bien porque no es algo que se deba de dilucidar en este caso. El T.S. se limita a mencionar el término.

-Sentencia de 5 de julio de 1965

.....

.. Sala: primera o de lo civil.

.. Recurso: de casación por infracción de ley

.. Magistrado ponente: Jacinto GARCIA MONGE Y MARTIN

.. Hechos:

"Ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Málaga se interpone juicio declarativo de mayor cuantía por un -- súbdito norteamericano contra su esposa, en solicitud - de que se declare la nulidad del matrimonio civil celebrado por ambos en Gibraltar , ante un funcionario británico, en razón a que siendo ella católica y de nacionalidad española no le era dable celebrar matrimonio distinto al canónico.

El Mº Fisc., al contestar a la demanda formuló reconvención alegando que de dicho matrimonio existían -- dos hijos menores por lo que para el supuesto de que fuera declarado nulo el matrimonio se declarara también la mala fe en su celebración del actor y la buena fe de la demandada, a todos los efectos civiles para ella y sus hijos. La demandada alegó incompetencia de jurisdicción porque dada su condición de católica, debía haberse planta

teado la demanda ante Juez Eclesiástico.

El Juzgado desestima la excepción de incompetencia alegada y también la demanda. La Audiencia de Granada revoca en todas sus partes la sentencia apelada, declara nulo y sin ningún valor ni efecto para los contrayentes el matrimonio civil efectuado con la declaración de haber intervenido mala fe por ambos cónyuges - y estimando parcialmente la reconvención formulada por el M<sup>o</sup> Fisc. declara que el referido matrimonio produzca efectos civiles en cuanto a los hijos del mismo.

La demanda interpuso recurso de casación que estimado parcialmente por el T.S., el cual después de casar la sentencia en la segunda revoca parcialmente la recurrida y confirma la nulidad del matrimonio civil celebrado en Gibraltar por ambas partes declarando haber intervenido mala fe por parte del actor y buena fe por parte de la demandada, por lo que debe surtir efectos civiles respecto a la esposa y a los hijos".

**-Sentencia:**

**"Considerandos de la primera sentencia:**

CONSIDERANDO: Que la acción que en estos autos se ejercita, insta la nulidad del matrimonio, para ambos cónyuges, basándose el actor, ciudadano norteamericano súbdito del Estado de Maryland, en la disposición del art. 43 del C. Civ. respecto a deber celebrarse canóni

camente el matrimonio cuando uno al menos de los contrayentes profesa la religión católica, circunstancia que afecta a la demandada, española, cuyo matrimonio civil había sido celebrado en un tercer país: Gibraltar, sometido a la soberanía de Inglaterra, y estimando la demanda por el alegado fundamento, el primero de los motivos, articulado conforme al numeral 1º del art. 1692 de la L.E.Civ., invoca la violación de los arts. 9º y 23 nº 3º del C.Civ., y de la doctrina jurisprudencial que cita por estimar el recurrente que ha de tenerse en cuenta como elemento esencial, y el estatuto personal del demandante, que se omite, y que por su naturaleza, y por haber adquirido la demandada la nacionalidad del actor, sería el que hubiere de regir acerca de la validez y eficacia del aludido matrimonio mixto, más si el invocado art. 9º del C.Civ., al ordenar que las leyes relativas a los derechos y deberes de familia o al estado, condición y capacidad de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero y esta disposición legal ha de aplicarse, conforme a la doctrina, a los extranjeros, en cuanto a su propio estatuto personal, y éste les sigue en cualquier otro país, no puede olvidarse que en armonía a lo ordenado en el art. 11 del citado Cuerpo legal y doctrina de esta Sala, contenida, entre otras, en sentencia de 23 febrero 1944, lo dispuesto en este artículo se entiende en cuanto dichas leyes no se opongan a las que tienen por objeto el orden público y las buenas

costumbres, y tal calificación debe aplicarse a la citada disposición legal, que afecta a la contrayente católica, sometida a la prohibición de celebrar matrimonio no canónico, sin que ésta pueda obviarse mediante el fraude legal, de celebrar dicho matrimonio en otro país, teniendo asimismo en cuenta que es a la condición legal de la contrayente en el momento de celebrar el matrimonio, esto es, a su nacionalidad española, y no a la posiblemente adquirida por dicho matrimonio a la que debe atenderse por lo que, sea cualquiera el régimen legal que afecte al demandante, la naturaleza de orden público afecta a la norma prohibitiva infringida, excluye la posibilidad de aplicar dicho estatuto para decidir el litigio planteado en España, por residentes en esta nación, y ello hace decaer los fundamentos en que se apoya el primero de los motivos que se examina.

COO: Que el segundo y tercero de los motivos del recurso plantean una misma cuestión, la de la improcedencia de declarar culpable a la esposa demandada juntamente con la del demandante, y al no ser dicha declarada instada en la demanda ni en la reconvención formulada por el Mº Fisc., que solicitó únicamente la declaración de culpabilidad del actor invocando el motivo que se formula conforme al numeral 3º del art. 1692 de la L.E.Civ., la violación del art. 359 del citado Cuerpo legal, al conceder la sentencia recurrida al actor más de lo que permita la demanda, que no contiene pretensión



sobre la declaración de culpabilidad de la esposa, y la reconvención, que expresamente excluye esta declaración de culpabilidad solicitada expresamente respecto al marido, y el último de los motivos, con amparo en el nº 2º del citado precepto legal, plantea la misma cuestión, - calificando como incongruencia la referida declaración de culpabilidad de la esposa por análogos fundamentos, - concepto en el que se encuentra más adecuadamente la -- cuestión planteada, y habida cuenta de que, respecto a la declaración de culpabilidad del marido, reconocida - en la sentencia recurrida, que se ajusta a la petición de este sentido contenida en la reconvención formulada por el Mº Fisc., no ha sido objeto de recurso y debe, - por tanto, estimarse firme culpabilidad por parte de la esposa no pedida en la demanda, ni en contradicción con la solicitud y fundamentos de la reconvención, es proce dente declarar su incongruencia, todo lo cual conduce - a estimar este último motivo del recurso, casando y anu lando la sentencia parcialmente, respecto a dicha decla ración de culpabilidad de la esposa demandada.

Considerandos de la segunda sentencia:

CDO: Que en armonía a lo establecido en el párrafo segundo del art. 69 del C.Civ., habiendo intervenido - buena fe por parte de la esposa demandada, el matrimonio ha de surtir efectos civiles, no obstante la decla ración de nulidad respecto a dicha esposa y de los hijos.

CDO: Que no existen motivos para hacer especial -  
imposición de costas".

.. Preceptos legales citados:

. Artículo 9 del Código Civil

"Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero.

. Artículo 11 del Código Civil

"Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, se rigen por - las leyes del país en que se otorgan.

Cuando los actos referidos sean autorizados por -- funcionarios diplomáticos, o consulares de España en -- el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes españolas.

No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las - personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efectos por leyes o sentencias dictadas, ni - por disposiciones o convenciones acordadas en el país - extranjero".

. Artículo 14 del Código Civil:

"Conforme a lo dispuesto en el artículo 12, lo es establecido en los artículos 9º, 10 y 11, respecto a las personas, los actos y los bienes de los españoles en - el extranjero, y de los extranjeros en España, es apli cable a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación - Civil".

. Número 3º del artículo 23 del Código Civil:

"También perderán la nacionalidad española...3º La española que contraiga matrimonio con extranjero si ad quiere la nacionalidad de su marido...".

. Número 3º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

"Habrá lugar al recurso de casación por infracción de Ley o de doctrina legal:...3º Cuando el fallo otorgue más de lo pedido o no contenga declaración sobre al guna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito..."

. Artículo 355 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

"Las sentencias deben ser claras precisas y con--gruentes con las demandas y con las demás pretensiones

deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que 'éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

Cuando éstos hubieren sido varios, se hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos".

Se plantea en esta sentencia una serie de importantes problemas: 1- Todo un grupo de cuestiones de Derecho Internacional Privado, en los que no podemos entrar ahora, pero de notable interés (468) 2- El viejo problema de si la lista del artículo 101 del C.c. es una lista cerrada o no (469) 3- El que profesa la religión católica, siendo español, si contrae matrimonio debe contraerlo canónico, y si lo contrae civil este será nulo. Este tercer problema -muy relacionado con el anterior- es nuestro tema.

---

(468) Vid, a este propósito: AGUILAR NAVARRO, M. Derecho Civil..., cit., primera edición. págs. 44, 89, 95, y 193, y GONZALEZ CAMPOS, Julio D. Materiales de Práctica de Derecho Internacional Privado (Parte II: Jurisprudencia) Madrid., 1971, págs. 80, 90 y 112.

(469) Esta sentencia considera -y lo señala con toda claridad que tal lista no es cerrada. Este es el aspecto destacado en: PEÑA BERNALDO DE QUIROS, -- Manuel, Matrimonio..., cit., pág. 891 y LACRUZ -- BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis, Derecho de Familia, cit., pág. 31.

Para S.T.S. 5-VII-65, el que profesa la religión católica debe contraer matrimonio canónico. Y ¿que es "profesar"...?. Esta sentencia no entra a aclarar que es "profesar..."; menciona el tema dos veces, ambas - en el primer considerando, y con las siguientes frases:

"...debe celebrarse canónicamente el matrimonio - cuando uno al menos de los contrayentes profesa la religión católica, circunstancia que afecta a la demandada ...", y más adelante "...la contrayente católica, sometida a la prohibición de celebrar matrimonio no canónico...".

Estas dos frases pueden interpretarse de dos maneras: 1- En la primera frase se afirma que aquél que profesa la religión católica debe contraer matrimonio canónico, y en la segunda se afirma que profesar la religión católica es equivalente a ser católico, y 2- En la primera frase se señala la obligatoriedad de que contraiga - matrimonio canónico aquél que profese el catolicismo; - la segunda frase se limita a señalar que la "professio religionis" es un tema de estatuto personal.

Personalmente, estimamos que la segunda vía ha sido la seguida por el T.S., cuando el T.S. emplea la palabra "catolica" no está pensado en llenar de contenido el término "profesar".

De ser la otra solución la adoptada por nuestro más

alto Tribunal, no sería esta la sede metodologicamente correcta de situar esta sentencia, sino en el próximo epígrafe.

c- Se identifica el término "profesar el catolicismo" con el hecho de ser católico.

Si en el epígrafe anterior hemos mencionado aquellas sentencias en las que se alude al término profesar, pero en las que no se entra en la aclaración de su contenido, en este epígrafe analizaremos aquellas sentencias en las que, aludiendo al término profesar, se le identifica con otra expresión, igualmente vacía de contenido. Tal expresión es: el ser católico. En realidad, esta identificación no supone ningún avance en el sentido de dar un contenido a una expresión que carece de él. Se sustituye una expresión que nada quiere decir en el ordenamiento español, por otra sin contenido en el propio ordenamiento. Tal vez, estos epígrafes podrían haber sido uno solo, hemos preferido separarlos para indicar una diferencia aunque sea meramente terminológica.

Tres sentencias pueden ser incluidas:

-S.T.S. 21-XII-63

-S.T.S. 5-VII-65

+S.T.S. 4-X-74

Expongamos su contenido:

Sentencia de 21 de diciembre de 1963  
.....

- .. Sala: primera o de lo civil
- .. Recurso: de casación por infracción de ley
- .. Magistrado ponente: Manuel TABOADA ROCA
- .. Hechos ~~Sumario~~:

"Ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de los de - Madrid, la madre de un menor de edad y a nombre del -- hijo reclama alimentos consistentes en una pensión mensual de 5.000 pesetas. Alega al efecto que contrajo matrimonio con el demandado en Alemania, de cuyo matrimonio nació el hijo para quien reclama los alimentos que posteriormente por la Audiencia de Berlin se dictó sentencia de divorcio encomendando la custodia del hijo - a la madre reclamante.

El demandado opuso que no existió tal matrimonio y que no era cierta la paternidad que se le atribuía, asegurando que el matrimonio no era posible porque el demandado estaba ordenado "in sacris" en una comunidad religiosa.

El Juzgado desestima la demanda, pero la Sala 3ª de lo Civil de la Audiencia Territorial, revoca la sentencia, estima la demanda y condena al demandado a satisfacer la cantidad reclamada en concepto de alimentos - desde la interposición de la demanda.

Los seis motivos en que se apoya el recurso de casación se reflejan en los considerandos que se transcriben y son desestimados por el T.S."

Sentencia  
.. Hechos:

"CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso - formulado al amparo del nº 1 del art. 1692 de la L.E. Civ., denuncia la infracción por falta de aplicación - del art. 600 de la misma que exige, para que tenga valor en juicio los documentos extranjeros que el asunto o materia del acto y contrato sea lícito y permitido - en España, y la sentencia recurrida cometa su infracción -en sentir del recurrente-, porque los documentos extranjeros aportados con la demanda, mediante los cuales se pretende demostrar el matrimonio y la filiación, no pueden tener valor en juicio, ya que su contenido - es ilícito en doble sentido, a saber; por tratarse de matrimonio soluble cuando el art. 52 del C. Civ. establece la indisolubilidad, y porque siendo el recurrente ordenado "in sacris" carecia de capacidad para celebrar dicho matrimonio a tenor del art. 83 de dicho Código y de los Cánones 1072 y 1073 y si los documentos en que se basa la demanda, no pueden tener valor en -- juicio, aquella carecerá de base y tiene que ser desestimada, en opinión del aludido recurrente.

CDO: Que si bien es verdad que con arreglo a las leyes españolas, no podrian pretenderse en nuestra Patria, la ejecución de una sentencia declaratoria de un divorcio vincular que afectase a un ciudadano español, aunque el testimonio de aquella sentencia estuviese adornado en todos los requisitos precisos para otorgarlo



autenticidad, lo cierto y real es que en el caso de --- autos, no se pretende tal eficacia, sino que, con los - documentos acompañados a la demanda, que después se co tejaron con sus originales lo que se prueba es -según-- la sentencia recurrida- "la certeza del matrimonio ce-- lebrado entre las partes, así como el nacimiento del -- hijo, a quien en él acta correspondiente del Registro - Civil, se le puso el apellido del padre nada de lo cual guarda relación con la ejecución de la sentencia de di- vorcio vincular.

CDO: Que a mayor abundamiento los hechos alegados por el demandado de ser católico y estar ligado con - votos solemnes y haber sido ordenado "in sacris" con - anterioridad al matrimonio no han sido acreditados pla- namente y aunque originasen la nulidad del matrimonio tampoco podría privar de su paternidad al hijo nacido de ese matrimonio porque como también proclama la sen- tencia impugnada "esa negación de efectos no se produce con respecto al nacimiento, pues lo mismo el art. 69 - del Código que el art. 3º de la L. de 1º marzo 1939 -- (Rep. 269 y Dic. 12696) derogatoria de la del matrimo- nio civil determinan que, no obstante la no eficacia - de tales matrimonios, los efectos civiles de éstos se producen con relación a los hijos".

CDO: Que en último término ese invocado precepto de la L. Procesal, aunque tenga cierto valor sustanti- vo para servir de base a la casación por infracción de

ley, constituye más bien una norma valorativa de prueba que vincula a los Tribunales y su vulneración sólo podría ser denunciada al amparo del nº 7º del art. 1692, como originadora de un error de derecho en la apreciación de la prueba.

CDO: Que el motivo segundo imputa a la sentencia recurrida, error de derecho en la apreciación de las pruebas a tenor del art. 1692 nº 7º de la L.E.Civ. en relación con el art 328 del C.Civ. cuya infracción se comete-en tesis del recurrente- porque la Comisión Rogatoria practicada para autenticar los documentos presentados con la demanda afirma que la inscripción del nacimiento en el Registro Civil no se basa en una declaración de los padres, sino en un comunicado de la Fundación en donde dio a luz la madre del niño y, sin embargo, la sentencia recurrida atribuye la paternidad de él a don Joaquín R. basándose en aquella inscripción en la que éste no intervino.

CDO: Que el art. 328 del C.Civ., que se invoca como infringido, se limita a disponer que no es necesaria la presentación del niño al Encargado del Registro, basando la declaración de la persona obligada a hacerla, la cual será firmada por su autor, o por dos testigos a su ruego, si no pudiera firmar, pero no contiene ninguna norma de valoración de prueba, que vincula al Tribunal, en un determinado sentido y que éste haya vulnerado.

CDO: Que con apoyo en el nº 1º del art. 1692 de la L.E.Civ. se constituye el motivo tercero del recurso en el cual se imputa a la sentencia recurrida infracción del art. 108 del C.Civ. ya que la aludida sentencia en su considerando tercero afirma que Luis Manuel R.H. es hijo legítimo del recurrente, porque nació dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio y, concretamente a los dos meses de la celebración del mismo habiendo de suponer que estando en ese momento la mujer en periodo de gestación tan avanzada -- forzosamente su marido tenía que reconocer el embarazo de ella, con lo que --dice el aludido recurrente--, la --sentencia viene a establecer una presunción, y no el --hecho cierto que exige el art. 110 para que se destruya la presunción de su legitimidad de los que nacen dentro del matrimonio de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, o sea, que la presunción legal, de no legitimidad, se destruye con otra presunción la de --que el marido de la madre, debía conocer el embarazo de ésta, por el avanzado estado de gestación de ella, lo --cual supone la aplicación indebida de dicho artículo, --que exige la prueba del conocimiento del embarazo.

CDO: Que realmente, esta argumentación --y especialmente la invocación del art. 110 del C.Civ.-- que tanta eficacia podría tener en un proceso sobre impugnación --de paternidad o desconocimiento de legitimación, carece de ella en el actual proceso en que se litiga sobre --

prestación de la deuda alimenticia a un menor de edad reclamada por su madre y cuya paternidad figura en los correspondientes registros, y que solo se impugna indirectamente y en vía de defensa, cuando ya van transcurridos 19 días desde el nacimiento de dicho niño y de su inscripción como hijo del demandado.

CDO: Que además, aún cuando la sentencia impugnada dice literalmente "que habiendo dado a luz la actora a los dos meses de haber contraído matrimonio los litigantes, hay que suponer que a la fecha de ésta conocía el demandado el estado de embarazo de la misma" mas -- que aventuar una presunción, lo que hace es --quizá con frase feliz-- sentar la afirmación de que el marido conocía el estado de embarazo de su mujer, cuando contrajo matrimonio con ella.

CDO: Que tambien es de tener en cuenta, que la sentencia recurrida, no basta su pronunciamiento condenatorio únicamente en el hecho de que el marido debia conocer el estado de embarazo de su mujer cuando se casó con ella, sino que lo complementa con otros hechos de cuyo conjunto infiere "la certeza del matrimonio celebrado -- entre las partes, así como el nacimiento del hijo, a -- quien en el acta correspondiente se le puso el apellido del padre".

CDO: Que como motivo cuarto del recurso, se invoca la infracción del art. 140 del C.Civ. que preceptúa que el derecho a alimentos de los hijos legítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales, so lo podrá ejercitarse si la paternidad se infiere de una sentencia firme, o resulta de un documento indubitado en que expresamente se reconozca filiación, y como en autos -dice el recurrente-, no existe ni tal sentencia ni ninguno de esos documentos acreditativos de la filiación, la sentencia que concede alimentos a un hijo ilegítimo, infringe aquél precepto.

CDO: Que bastaría el simple razonamiento de que no se indica en ese motivo, cual es el concepto en que la infracción se comete -como rotundamente exige el art. 1720 de la L. Procesal-, para que el motivo tuviera que ser desestimado, pero añaden, en el caso de autos no se trata de hijos legítimo no natural, pues no se declaró en el correspondiente proceso tal ilegitimidad: y, en último término aún en este supuesto siempre el hijo estaría amparado por la presunción de buena fe del matrimonio, que habría que destruir, y que, aun destruido, no la afectaría, según el ya mencionado art. 69 del C.Civ.

CDO: Que también se atribuye a la sentencia recurrida, no ser congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y para formular ese quinto motivo en que se denuncia, se invoca el nº 2º del

referido art. 1792 de la L. Procesal y se alega que es manifiesta la incongruencia, porque se piden alimentos para un hijo legítimo, y se conceden a un hijo ilegítimo: pero para la desestimación de este motivo, basta - tener en cuenta: primero que en él no se hace la cita del art. 359 de la L.E.Civ. que en los supuestos de incongruencia tiene que invocarse; segundo que los ali--mentos no se condenan por su carácter de ilegítimo en el alimentista, sino por su condición de legítima, que se alegaban en la demanda: tercero que como ya queda - razonado, ningún Tribunal le ha otorgado esa cualidad de hijo legítimo que ahora le atribuye el recurrente;- y cuarto que tampoco se lo ha desposeído de la cualidad de hijo del recurrente cuyo apellido ostentará hasta - que le prive del derecho de usarlo.

CDO: Que en ese mismo motivo quinto, se acusa otra incongruencia en la resolución impugnada que consiste, según el recurrente, en conceder los alimentos por tiempo indefinido, cuando debían de limitarse a la minoría de edad para lo cual se pidieron.

CDO: Que si no fueran bastantes los razonamientos expuestos, para desestimar también esta incongruencia - habria que llegar a la misma conclusión desestimatoria, si se tiene en cuenta: a) que solicitados alimentos para un menor de edad, en razón a esta circunstancia parece natural que al desaparecer la causa cese también la obligación de prestarlos: y b) que, además, en el supli

cio de la demanda, no se hacia limitación alguna en cuanto a que la deuda alimenticia sólo se concretará a la mi noridad del alimentista, y si el demandado temia que podría entenderse la petición para una duración indefinida, pudo en la contestación, delimitar el objeto litigioso - concretando los extremos del debate a esa menor edad del hijo para el cual se pedia".

.. Preceptos legales citados:

. Artículo 600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

... "Los documentos otorgados en otras naciones tendrán el mismo valor, en juicio en que los autorizados en España si reúnen los requisitos siguientes: 1º Que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes de España. 2º Que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse con arreglo a las de su país. 3º Que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos. 4º Que el documento contenga la legalización y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España".

. Artículo 52 del Código Civil:

"El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges".

. Artículo 83 del Código Civil.

"No pueden contraer matrimonio:

1º Los varones menores de catorce años cumplidos y las hembras menores de doce, también cumplidos.

Se tendrán, no obstante, por revalidado ipso facto, y sin necesidad de declaración expresa, el matrimonio contraído por impúberes, si un día después de haber llegado a la pubertad legal hubiesen vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez o si la mujer hubiera concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación.

2º Los que no estuvieron en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio.

3º Los que adolecieron de impotencia física, absoluta o relativa, para la procreación con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, - perpetua e incurable.

4º Los ordenados in sacris y los profesos en una - orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto solemne de castidad, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica.

5º Los que se hallen ligados con vínculo matrimonial"

.Artículo 108 del Código Civil.

"Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días si



guientes a su disolución o a la separación de los cónyuges.

Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo".

. Artículo 110 del Código Civil.

"Se presumirá legítimo el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, si concurriese alguna de estas circunstancias:

1º Haber sabido el marido, antes de casarse, el embarazo de su mujer.

2º Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado a luz.

3º Haberlo reconocido como suyo expresa o tácitamente".

. Artículo 140 del Código Civil:

"El derecho a los alimentos de que habla el artículo anterior, sólo podrá ejercitarse:

1º Si la paternidad o maternidad se infiere de una

sentencia firme, dictada en proceso criminal o civil.

2º Si la paternidad o maternidad resulta de un documento indubitado del padre o de la madre, en que expresamente reconozca la filiación.

3º Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo".

. Artículo 328 del Código Civil.

"No será necesaria la presentación del recién nacido al funcionario encargado del Registro para la inscripción del nacimiento, bastando la declaración de la persona obligada a hacerla. Esta declaración comprenderá todas las circunstancias exigidas por la Ley; y será firmada por su autor, o por dos testigos a su ruego, si no pudiera firmar".

. Canon 1072 Codex Iuris Canonici:

"Invalide matrimoniu, attendant clerici in sacris ordinibus constituti".

. Canon 1073 Codex Iuris Canonici:

"Item invalide matrimonium attendant religiosi qui vota sollemnia professi sint, aut voto simplicia, quibus ex speciali sedis Apostolicæ praescripto vis addita -

sit nuptias irritandi".

Es esta una sentencia, en la que el tema central -una vez más- no es el que aquí interesa. La mención - al hecho de la profesión es meramente tangencial; de - hecho, el recurrente no alude a una posible infracción del artículo 42 del C.c..

Antes de entrar en nuestro tema específico, queremos señalar la extrañeza que produce la mención -aún -- que sea reproduciendo frases de la Audiencia- del artículo 3º de la Ley de 12 de marzo de 1938. Tal Ley era -- derogatoria de la de matrimonio civil, y aplicable a unos casos muy claros y específicos: los matrimonios contraindos durante la vigencia de tal ley. Nada permite suponer que el matrimonio objeto de la sentencia sea uno de aquellos .

En el tercer considerando en el único en el que aparece una mención al tema objeto de nuestro estudio.

No se habla de "profesar el catolicismo", sino de "ser católico", lo cual supondría identificar ambos términos, puesto que el término católico no aparece en el C.c. aisladamente, y por lo tanto su empleo no puede hacer referencia a otra cosa que a la expresión "profesar"... del artículo 42 del C.c.

Por otra parte, y en íntima conexión, en este mismo

considerando, el T.S. no se decide, en un sentido o en otro, a propósito de si la lista del artículo 101 del C.c. es cerrada o no, La expresión "...aunque originasen la nulidad..." así lo permite suponer.

- Sentencia de 5 de julio de 1965.  
.....

Esta sentencia ya fué transcrita y analizada en el anterior epígrafe. También se explicaba allí cuales fueron las razones que nos indujeron a incluirla allí, pero mencionándola aquí; y que postura había que adoptar para incluirla aquí y no allá.

- Sentencia de 4 de octubre de 1974  
.....

.. Sala: primera o de lo civil  
.. Recurso: de casación por infracción de Ley  
.. Magistrado ponente: Mariano GIMENO FERNANDEZ  
.. Hechos:

Los antecedentes de hecho necesarios para el estudio de esta sentencia se recogen en los considerandos de la misma.

El Juez de 1ª Instancia dictó sentencia desestimando la reconvencción del Mº Fiscal y estimando la demanda parcialmente y reconvencción propuesta esta última por la esposa demandada, decretó la separación de los cónyuges, - acordando la separación de bienes de la sociedad conyugal;

y en cuanto al supuesto, guarda y custodia de los hijos se proveerá en ejecución de sentencia, sin condena en costas. Apelada la sentencia la Audiencia la confirmó, sin hacer especial condena en las costas de la apelación.

Se interpuso recurso de casación por infracción de Ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El T.S. casa la sentencia".

.. Sentencia:

CONSIDERANDO: Que el motivo primero del recurso formalizado por el M<sup>re</sup> Fiscal por el cauce del núm 72 del art. 1692 de la L.E.Civ. aduciendo un error de hecho, es rechazable porque el tema que plantea no es otro, que el de la inexistencia de prueba de acatolicidad de los contrayentes, cuyo extremo manifiesta no se desprende de la certificación de la inscripción del matrimonio en la oficina del Registro de aquéllos en Gibraltar y demás que se acompaña a la demanda, lo que no ha sido negativo ni desconocido por la sentencia recurrida, que fundamenta la resolución en la interpretación de determinados artículos de la Ley del Registro Civil y su Reglamento de los que se desprende la posibilidad de la validez del matrimonio civil celebrado con arreglo a la legislación del lugar ante la Autoridad local interviniente en relación con determinadas manifestaciones hechas en los es--

critos de las partes, las que carecen del carácter de auténticos a los efectos de apoyar un error de hecho - en casación, y la discusión de tal interpretación no - es propia del cauce legal de este motivo, sino en todo caso, del núm. 1º del propio art. 1692 de la misma Ley.

CDO: Que bajo los motivos segundo y tercero del recurso interpuesto por el Mº Fiscal, ambos formulados por el cauce del núm. 1º del art. 1692 de la L.E.Civ., se -- acusa en el primero de ellos la interpretación errónea - de los arts. 73 de la Ley del Registro Civil (R. 1957, - 777 y Ap. 51-66, 12292) y 249 de su Reglamento (R. 1958, 1957 y Ap. 51-66 12295), en que se apoya la sentencia re- currida, en relación con el núm. 4º del art. 101 del C.- Civ. y en el tercero, la violación del párr. 3º del art. 42 y último del art. 86 del C. Civ., en relación con el 4 y 9 del mismo cuerpo legal igualmente violados, moti-- vos que han de estimarse, pues si bien la legislación vi- gente del Registro Civil y concretamente el art. 73 de - la Ley, viene a reconocer la posibilidad de la validez - de los matrimonios civiles celebrados por españoles en - el extranjero conforme a la legislación del lugar, senti- do en que debe entenderse modificada la dicción del núm. 4 del art. 101 del C. Civil, que en el caso presente re- sultaría reforzada por la situación especial del territo- rio de Gibraltar, carente de representación consular es- pañola, sin embargo para el reconocimiento de la validez de aquél y eficacia en España, se exige la prueba de la

acatolicidad de los contrayentes lo que debe verificarse y acreditarse con anterioridad a aquél acto y cuando no resulte se haya llevado a cabo, con posterioridad al mismo a través del expediente que para su transcripción en el Registro Civil español, haya de instruirse con -- arreglo al citado precepto de la Ley del Registro Civil y concordante art. 249 de su Reglamento requisito el de la inscripción, previa la oportuna prueba de acatolicidad, necesario para que pueda reconocerse al matrimonio celebrado en aquellas circunstancias plena eficacia en España, y como en el caso de autos la propia sentencia recurrida señala, con ella incluso de los correspondientes folios, sólo constan unas manifestaciones de acatolicidad hechas en la demanda por la representación del actor, no reconocidas por la representación de la otra parte, que manifiesta en su contestación a la demanda, ignorar la religión que profesa aquél, afirmando por su parte que su representada es protestante, manifestaciones no ratificadas por las propias partes personalmente durante el periodo probatorio, ni complementadas con ningún otro medio de prueba, que ni siquiera se ha intentado son manifestaciones insuficientes, para acreditar aquellos extremos, por lo que resulta evidente que la existencia de aquél acto o matrimonio civil, celebrado en -- Gibraltar ante la Autoridad local con arreglo a la legislación inglesa, no puede reconocerse validez ni eficacia en España, por faltarle la prueba de la acatolicidad de los contrayentes, en la fecha de celebrarse el matri-

monio civil atendida la nacionalidad española del doman  
dante, lo que lleva consigo la nulidad del acto confor--  
me al art. 4 y 9 del C. Civ. vigente en la fecha de la  
celebración del matrimonio, preceptos que se invocan --  
como infringidos en el motivo tercero del recurso jun--  
tamente con el párr. 3º del art. 42 del propio cuerpo --  
legal, que exige para que pueda autorizarse la celebra--  
ción del matrimonio civil la probanza de que ninguno de  
los contrayentes profesan la religión católica, incum--  
biendo la prueba de dichos extremos a los propios con--  
trayentes conforme al párrafo último del art. 86 del mis--  
mo Código y al no haberlo entendido así la sentencia re--  
currida, procede su casación acordando la nulidad e ine--  
ficacia del matrimonio civil a que el presente proceso --  
se refiere, sin hacer expresa imposición de costas del --  
recurso".

.. Preceptos legales citados

. Artículo 86 del Código Civil:

Los que con arreglo al artículo 42 pretendan con--  
traer matrimonio en forma civil presentarán en el Regis  
tro Civil de su domicilio una declaración, firmada por  
ambos contrayentes, en que conste:

1º Los nombres, apellidos, edad, profesión, domici  
lio o residencia de los contrayentes.

2º Los nombres, apellidos, edad profesión, domici  
lio o residencia de los padres.



Acompañarán a esta declaración la prueba de nacimiento y del estado civil, la licencia, si procediere, y la dispensa cuando sea necesaria,

Así mismo, presentarán la prueba de no profesar la religión católica".

. Artículo 73 de la Ley Reguladora del Registro - Civil:

✓El funcionario que autoriza el matrimonio civil - extenderá el acta, al mismo tiempo que se celebra, con los requisitos y circunstancias que determina esta Ley y con la firmeza de los contrayentes y testigos. Cuando el matrimonio se contraiga en país extranjero con - arreglo a la forma del país o en cualquier otro supuesto en que no se hubiere levantado aquél acta, la inscripción solo procederá en virtud de expediente".

.Artículo 249 del Reglamento del Registro Civil.

"No habiéndose levantado acta, el matrimonio Civil sólo puede inscribirse en virtud de expediente, en el - que se acreditará debidamente que ambos contrayentes no profesaban la religión católica, su libertad por inexistencia de impedimento y, cuando no conste auténticamente, la celebración; en el expediente se publicarán edictos o proclamas, si se hubieren omitido, y se practicarán las debidas diligencias probatorias de la religión

y libertad de los contrayentes.

Al comunicar a los órganos extranjeros el cumplimiento solicitado de proclamas o la concesión de dispensas para matrimonios civil de españoles se advertirá, especialmente, que, conforme al Derecho español, dicho matrimonio, sólo será eficaz si los contrayentes no profesan la religión católica".

Un matrimonio civil, contraído en el extranjero, es, una vez más, el elemento que desencadena una actividad jurisdiccional.

Una sentencia muy reciente -1974-, que alcanza un resultado, pretendidamente "progresista": lograr la -- anulación matrimonial; mediante unos instrumentos claramente "reaccionarios": dificultar la posibilidad de acceso al matrimonio civil.

En el aspecto que a nosotros interesa ahora, la -- idea básica de la sentencia es que: un matrimonio civil entre protestante extranjera y católico español, celebrado en el extranjero no será válido si no se prueba la -- acatolicidad.

Al concepto "profesar..." se hace referencia varias veces a lo largo de la sentencia y con diversas palabras

Considerando primero: "prueba de acatolicidad".

Considerando segundo: "prueba de acatolicidad" (en tres ocasiones), "manifestaciones de acatolicidad", "religión que profesa", "profesan la religión".

Como en sentencias anteriores, los términos "profesar el catolicismo" y "ser católico" se consideran equivalentes. En comentario a la anterior sentencia indicamos que a efectos del ordenamiento español poco cambio suponía la utilización de este o aquél término, pues ninguno de ellos tiene un contenido preciso en nuestro sistema jurídico. Sin embargo consideramos oportuno recordar que, en capítulo anterior, y analizando las posiciones doctrinales sobre la materia, nos extendimos en otras consideraciones al respecto (470).

Así pues creemos que en S.T.S. 4-X-74 se identifica el término "profesar..." con el ser católico. Ahora bien, hemos señalado más arriba que entre las expresiones empleadas para aludir al concepto profesar, aparece en el segundo considerando de la expresión: "manifestaciones de acatolicidad". ¿Significa acaso esto, que el T.S. se inclina por la posición subjetivista?. ¿signifi-

---

(470) Recordemos las palabras de PEÑA, posible vía para la delimitación de ambos conceptos: "...profesar -- la religión católica indica una actitud de adhesión, de presente, respecto de la misma..." PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, Los matrimonios..., cit., pág. - 260.

ca que en esta sentencia afirma que, para contraer matrimonio civil, basta -y es necesario- declarar que no se profesa?. Tomando la expresión aisladamente tal vez, la respuesta debería ser afirmativa; sin embargo, en su contexto, lo único que pretende decir es que no es suficiente prueba de "no profesión..." el hecho que en la demanda el actor declare no profesar. Lo cual es -- evidente, no solo en este caso, sino en cualquier otro supuesto; si hay que probar algún extremo que afecte a la validez de un negocio jurídico, no se trata de probar que tal extremo se da en el momento del pleito, si no en el momento de celebración del negocio.

Queremos señalar también, aunque ello no afecte sino sólo tangencialmente a nuestro tema, que en esta sentencia se mantiene que, la prueba de la acatolicidad -en el supuesto de matrimonio en el extranjero- puede darse con posterioridad a tal matrimonio; puede darse en el momento de elaboración del expediente que permitirá su inscripción en el registro Civil.

d - El matrimonio civil en España y el hecho de estar bautizado.

Creemos que podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que el tema más polémico, el tema con mayor trascendencia, el elemento que calificaría el sistema matrimo--

nial trascendentalmente, sería el de si un bautizado -por el hecho de serlo- estaría obligado a contraer matrimonio canónico.

Ya hemos visto (471) que en un momento -1941- la Administración se mostró beligerante en este punto, al pretender imponer tal obligación.

Para alcanzar tal conclusión -la de que todo bautizado está obligado a contraer matrimonio canónico- se podrían seguir dos vías:

1- Considerar, que la Administración es competente para interpretar el término "profesar..." del artículo 42 del C.c. En cuyo caso los bautizados han estado obligados a contraer el matrimonio canónico, desde 1941 a 1956.

2 - Considerar que el artículo 42 del C.c., es aplicable sin necesidad de interpretación, y considerar que "profesar..." significa, indubitadamente, estar bautizado.

Creemos que ninguna de las dos afirmaciones serían ciertas, seguimos pensando: 1- Que el contenido del artículo 42 del C.c. no es claro y que por lo tanto necesita de una interpretación y 2 - Que la única autoridad

---

(471) Vid. supra. II - B - a - 1

competente, para realizar tal interpretación, es la judicial.

El tema del bautismo, como elemento calificador - del español ante el matrimonio, ha sido planteado en - las siguientes sentencias:

- S.T.S. 21-X-59
- S.T.S. 16-III-67
- S.T.S. 15-IV-67

- Sentencia de 21 de octubre de 1959  
.....

- .. Sala: primera o de lo civil
- .. Recurso: de casación por infracción de ley
- .. Magistrado ponente. Antonio DE VICENTE TUTOR
- .. Hechos:

"Por escrito fecha 8 septiembre 1952 la actora doña Ana E.R. dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Madrid, demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía sobre nulidad de matrimonio, - contra su esposo don Ceza L.D.

La parte actora solicita la nulidad del matrimonio civil contraído con el demandante por su condición de - católica.

La parte demandada se opuso alegando que la actora

en el momento del matrimonio no era católico, pues pertenecía a la doctrina Evangelista.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia declarando: 1. La nulidad absoluta del matrimonio civil contraído por la actora con el demandado en el día 26 de julio de 1946 ante el Juez Municipal número 6 del Distrito del Hospicio de Madrid, mandando anular la inscripción del referido matrimonio obrante en el Registro Civil del expresado Distrito y todas aquellas inscripciones o anotaciones que hubiera del expresado matrimonio en Registros públicos. 2. La buena fe de ambos contrayentes, los demandante y demandado. 3. Plena efectividad civil del matrimonio contraído por la buena fe y por consecuencia la absoluta legitimidad de los dos hijos del matrimonio Margarita y Oscar L.E. habidos durante aquél. 4. Que era puesto al cuidado de la actora la hija Margarita y al cuidado del padre el hijo Oscar, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas del juicio. Apelada la sentencia la Audiencia Territorial desestimó la demanda deducida absolviendo al marido, sin hacer especial mención de costas.

Se interpuso recurso de casación por infracción de Ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto y en consecuencia dictó segunda sentencia -

confirmando la pronunciada por el Juez de Primera Instancia, pero deberá dar cuenta a la Junta de Protección de Menores de la sentencia y de los hechos en que se basa a los efectos pertinentes: todo ello sin expresa condena en costas en ninguna de las instancias"

- Sentencia:

Considerandos de la primera sentencia:

"CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso por el cauce del número séptimo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se basa en error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documento auténtico señalando el recurrente como tal la certificación aportada a los autos en diligencias para mejor proveer acordadas por el Juez de Instancia y expedida por el Rector de la Iglesia Española Reformada, acreditativa de que la recurrente no figuraba inscrita en los libros registros de tal iglesia durante el periodo de 1946 a 1953: y teniendo en cuenta que dicho documento no puede reputarse como auténtico a efectos de casación, sobre todo si se observa que está en abierta contradicción con el expedido el 8 de julio de 1946 por el entonces Rector de la misma Iglesia que certifica que la propia recurrente profesaba entonces la religión cristiana evangélica, -observación que no puede ser desvirtuada por la declaración del mismo certificante de no ser cierta, sin otra prueba o dato justificativo que tan radical cambio de postura que tampoco dice en pro de su seriedad; parece -



clara la procedencia de desestimar el motivo estudiado; pero aún cuando así no fuera siempre resultaría que la certificación aducida como auténtica sólo acreditaría -- la falta de inscripción en los libros registros, pero -- no que la señora E. dejara de estar afiliada a la religión de referencia, que sería lo único interesante a los efectos solicitados: y sin olvidar que la Sala sentenciadora en uso de sus prerrogativas deduce la apreciación de las pruebas practicadas del resultado conjunto de todas ellas y no únicamente de las certificaciones -- en cuestión.

CONSIDERANDO: Que del estudio de lo actuado se desprende que se ha acreditado documentalmente que la recurrente doña Ana E.R. recibió el sacramento del bautismo por lo que conforme al canon 87 del Código Canónico ingresó en la Iglesia católica formando como persona en -- la misma y como quiera que dicho sacramento imprime carácter -- canon 732- su cualidad de católica la acompañaba toda la vida, perdiéndola únicamente o bien por ser arrojada de la Iglesia Católica por excomunión, o de abandono voluntario mediante la apostasia formulante acreditada; y habida cuenta que si bien concurren en dicha recurrente diversas circunstancias que pudieran suponerle incurso en la sanción que señala el canon 2319 y como más genuina la de presentar a su hijo varón a ministros católicos para su ingreso en la religión de éstos y en ella ser educado y también ha manifestado públicamente y en --

documentos y actos oficiales su separación del catolicismo y su ingreso en otra religión, lo cierto y positivo es que no consta que por las autoridades competentes de la Iglesia católica se haya hecho declaración sobre ninguno de los dos extremos referidos y habrá de considerarse a la recurrente como católica al carecer esta jurisdicción de competencia para determinar la realidad y efectividad de causa suficiente para estimarla fuera de la comunidad de la Iglesia por alguno de los motivos enunciados.

CONSIDERANDO: Que sentada la anterior doctrina no puede ofrecer la menor duda que tanto conforme al canon 1099 como a lo dispuesto en el artículo 42 del Código Civil en su redacción anterior dada la fecha del matrimonio y Orden de 10 de marzo de 1941 (Rep. Leg, 498 y - Diccionario 12694, nota Cód. civil art. 42) la señora E. venia obligada a celebrar su matrimonio de forma canónica y como quiera que no lo hizo y por el contrario lo celebró en forma civil y éste se practicó con todos los requisitos extrínsecos puesto que figuró documentalmente que estaba afiliada a otro credo; es obligado determinar las consecuencias jurídicas de tal ficción, en orden a los efectos producidos por el matrimonio de los litigantes en pugna tanto con los preceptos canónicos como con los civiles enunciados.

CONSIDERANDO: Que es principio de derecho que los actos jurídicos como el matrimonio revestido de todas

las circunstancias extrínsecas o formales, solo son -- susceptibles de anulación en los casos que la ley no -- determine expresamente, sin que quepa en modo alguno -- su ampliación analógica, ni por similitud con disposiciones, dictadas para relaciones jurídicas diferentes; y teniendo en cuenta que además de estar implícitamente comprendido según la doctrina en el número del artículo 101 de la Ley sustantiva civil, está integrado en forma inequívoca en tal artículo 42, sustancial en la materia, que entraña la definición y esencia de la institución: parece evidente que conforme al artículo cuarto del mismo Código el matrimonio celebrado por los -- litigantes es nulo con nulidad radical, como realizado contra lo dispuesto en la Ley, por lo que la sentencia impugnada al declarar su validez ha interpretado erróneamente los preceptos referidos, con violación del últimamente citado y debe prosperar el segundo motivo del recurso que, por la vía del número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se articula basado en dichas infracciones; máxime si se tiene en cuenta la nueva redacción dada al citado artículo 42 por la -- Ley de 24 de abril de 1958 (Rep. Leg. 760), más taxativa en la obligación que impone a los católicos de contraer matrimonio canónico que la anterior y que aún cuando no sea de aplicación el caso cuestionado por su fecha persiste y refuerza una orientación que no cabe desconocer.

CONSIDERANDO: A mayor abundamiento, que confirma -  
la anterior doctrina el hecho de que para que pudiera -  
celebrarse el matrimonio civil de los litigantes fué -  
preciso que la recurrente ocultara su condición de bau-  
tizada en la Iglesia católica, fingiendo por una certi-  
ficación que después declaró falsa su propio firmante--  
que militaba en otra Iglesia; ya que en otro caso el ma-  
trimonio no se hubiera podido realizar conforme a lo --  
dispuesto de no haber obtenido la referida certifica---  
ción, a tener que presentar declaración jurada de no --  
estar bautizada a cuya exactitud estaba ligada la vali-  
dez y efectos civiles del matrimonio y como hubiera re-  
sultado falsa la declaración también habría sido nulo -  
el matrimonio: por todo lo que a cualquiera que sea el  
concepto que merezca a la Sala la actuación de la recu-  
rrente y los móviles que la llevaron tanto a la celebra-  
ción del matrimonio civil como ahora para pedir su nuli-  
dad, procede declarar haber lugar al recurso, casando -  
y anulando la resolución recurrida, sin hacer especial  
declaración sobre las costas del recurso"

Considerandos de la segunda sentencia:

"CONSIDERANDO: Que por los propios fundamentos de -  
la sentencia de esta misma fecha dictada en el recurso  
de casación y los que sirven de fundamento a la que en  
primera instancia pronunció el juzgado número cinco de  
los de Madrid con fecha 13 de octubre de 1953, que ex-  
presamente se aceptan: procede confirmar el fallo que -

contiene sin hacer especial declaración sobre costas --  
de ninguna de las instancias.

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto en los fundamentos de la sentencia de casación se desprende claramente la mala fe con que procedió la recurrente al cobtraer el -- matrimonio civil aportando un documento de contenido --- falso; y como quiera que el marido no pudo desconocer -- tales hechos debe concluirse que ambos contrayentes obra ron de mala fé y que ésta se compensa a efectos ulterio res".

.. Preceptos legales citados:

. Canon 87 del Codex Juris Canonici

"Baptismate homo constitutur in Ecclesia Christi -- persona cum omnibus christianorum iuribus et officiis, -- nisi, ad jura quod attinet, obstat obex, ecclesiasticas communionis vinculum impediens, vel lata ab Ecclesia --- censura".

. Canon 732 del Codex Juris Canonici

"1. Sacramenta baptismi, confirmationis et ordinis quae chracterem imprimunt, iterari nequeunt.

2. Si vero prudens dubium exsistant num. revera -- vel num valide collata fuerint, sub conditione iterum -- conferantur".

. Canon 2319 del Codex Juris Canonici

"1. Subsunt ex communicationi latae sententiae -  
Ordinario reservatae catholici:

- 1º Qui matrimonium ineunt coram ministro acatholico:
  - 2º Qui matrimonio uniuntur cum pacto explicito vel implicito ut omnis vel aliqua proles educetur - extra catholicam Ecclesiam
  - 3º Qui scienter liberos suos acatholicis ministris baptizados offerre praesumunt;
  - 4º Parentes vel parentum locum tenentes qui liberos in religione acatholica educandos vel instituendos scienter tradunt.
2. Ii de quibus in 1, nn 2-4, sunt praeterca suspecti de haeresi".
- 

La sentencia, más arriba transcrita, es una de las de mayor importancia de la reciente historia del sistema matrimonial español. Los temas más trascendentales a ese <sup>propósito</sup> ~~propósito~~ son planteados: nulidad de matrimonios - por otros motivos que los indicados en el artículo 101, retroactividad de las leyes matrimoniales, aplicabilidad del Codex, legalidad de la Orden del 41, el matrimonio - bajo condición, requisitos para contraer matrimonio civil, etc..., prueba de su importancia es que se trata de sentencia muy citada por la doctrina (472). Pero para -

nosotros un tema destaca entre todos: los bautizados, ante el matrimonio civil, en el periodo de vigencia - de la Orden del 41.

En el último considerando de la primera sentencia se señala, con toda claridad, que en el periodo de vigencia de la Orden del 41 todo bautizado está obligado al matrimonio canónico. En esta Sentencia el T.S. declara la legalidad de la orden del 1941. Tal vez sea - ir demasiado lejos, pero se puede afirmar que el 21 de octubre de 1959 el Tribunal Supremo abandona su tarea interpretadora de las leyes, para transferirla a la Administración. Y no se diga que el T.S. interpreta primero, y a posteriori comprueba que su interpretación coincide con la administrativa; no; el Tribunal Supremo, invoca una Orden de un Ministerio para justificar su interpretación de un precepto legal con rango de Ley: - el artículo 42 del Código Civil.

Pero no es éste el único aspecto que merece comentario, por una vez abandonamos nuestro método de ocuparnos solamente del eje de nuestra tesis, la S.T.S. de --

---

(472) Entre otros: LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO - REBUDILLA, Francisco de Asís, Derecho de Familia, cit pág. 31; DIEZ-PICAZO, Luis, Estudios..., cit., pág. 292, LOPEZ ALARCON, Mariano, Consultas gubernativas..., cit., pág. 172; LOPEZ ALARCON, Mariano, -- Matrimonio civil..., cit., pág. 123; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, Matrimonio..., cit., pág. 891 y; PORTERO SANCHEZ, Luis, Jurisprudencia..., cit., -- pág. 41.

21-IX-59, merece un más amplio comentario. Tal vez cada uno de los considerandos merezcan un comentario aun que sea, necesariamente, breve-por separado.

En el primer considerando nos encontramos ante un supuesto realmente curioso. La actora presenta un documento para poder acceder al matrimonio civil, y más adelante -para lograr la declaración de nulidad de tal matrimonio- se presenta un documento de contenido diametralmente opuesto, y emitido por la misma persona. No entra el T.S. ni los comentaristas, en las posibles dificultades que debería de tener el presentar como prueba una certificación de "el rector de la Iglesia Española Reformada", recordemos que estamos antes de la Ley de 1967 sobre el Derecho Civil a la libertad religiosa (sabemos que en la Orden de 1941 -que aquí se aplica se habla de prueba documental de acatolicidad, pero precisamente tal exigencia- por dificultades de todo tipo, -incluso procesales- convierte al sistema de la Orden del 41 en un sistema muy próximo al de matrimonio religioso obligatorio); en el mejor de los casos sería una prueba a incluir, en el número 3º del artículo 578 y en los artículos 602 a 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Veamos la opinión de DIEZ-PICAZO a propósito de este considerando: "...al cargar el acento sobre la falsedad, el T.S. se desvia un tanto del punto de origen de la discusión. La falsedad consciente podrá jugar un pa--



pel en orden a establecer la mala fe del contrayente a efectos de la aplicación del artículo 69, pero es por sí misma irrelevante desde el punto de vista de las consecuencias que se quieren extraer del artículo 42. Ocurre, además, que al admitirsele a la actora la alegación de su propia falsedad, para que triunfe su petición de entender nulo el matrimonio, se vulnera el aforismo ---- "nemo propriam turpitudinem allegans auditur" y se le -- está tratando con una cierta lenidad, pues se le permite poner fin al matrimonio..." (473). Con esto basta.

En el segundo considerando creemos se pueden distinguir tres partes: 1- El T.S. da unas reglas generales -- acerca de quien no es católico, 2- Considera que se han dado suficientes razones como para proceder a separar -- de la Iglesia a la actora y 3- Se declara incompetente -- para separar a la actora de la Iglesia. Algunas precisiones son procedentes. Es cierto que "por el bautismo queda el hombre constituido persona en la Iglesia de Cristo"; es cierto que el sacramento del bautismo "imprime carácter"; pero esa "imprecisión de carácter" no se borra por la Excomunión (474). El T.S. señala que en la actora --- "...concurren...diversas circunstancias que prudieran -- suponerle incurso en la sanción que señala el canon 2319..."

---

(473) DIEZ-PICAZO, Luis, Estudios..., cit., págs. 20 y 21.

(474) Las consecuencias de la excomunión vienen señalados en los canones 2321 y ss. del C.J.C.

el T.S. se refiere en concreto a punto 3º del § 1 -- del 2319; pero esta excomunión es latae sententiae y -- "Poena dicitur: "Latae sententiae", si poena determina ta ita sit addita legi vel praecepto ut incurratur ipso facto commissi delicti..." (475). Por lo tanto si, en opinión del T.S., se deja de ser católico al incurrir en la pena de excomunión, la actora ya no es católica. El hecho de que el T.S. se declare incompetente para aplicar el Derecho Canónico, no merece mayor comentario.

El T.S., que, pocas líneas arriba, se declara incompetente para aplicar el Derecho Canónico, en el tercer considerando invoca un precepto canónico para apoyar sus argumentaciones.

Dos ideas son destacables en el siguiente considerando: de una parte la argumentación para considerar la infracción del artículo 42 como causa de nulidad, que resume DIEZ-PICAZO con las siguientes palabras: "El matrimonio civil, cuando uno de los contrayentes es un bautizado, es un matrimonio nulo. Existe una causa de nulidad perfectamente comprendida en el artículo 101 número 4º, pues se contrae ante un funcionario que carece de competencia. Es, además, un negocio ilegal que cae bajo la órbita del artículo 4º C.C. Se trata de una nulidad absoluta y radical por tratarse de un acto realizado en

---

(475) Canon 2217 del C.J.C.

contra de una disposición legal, que es el artículo 42" (476). No parece imprescindible la construcción en torno al 101, 4º del C.c. pues con el 4 es suficiente.

Al final de este considerando se alude al nuevo texto del artículo 42 del C.c. No comprendemos de donde se deduce que la redacción del 42 reformado es "...más taxativa en la obligación que impone a los católicos de contraer matrimonio canónico...". En cuanto a afirmar que la tendencia es de dificultar el matrimonio civil a los católicos nos parece totalmente inexacto.

El último considerando es el más ilustrativo para alcanzar nuestra meta: delinear la evolución de la actitud del T.S. ante el término "profesar...", pero esto ya se vió más arriba.

DIEZ-PICAZO pregunta en su comentario a esta sentencia "¿Quiere ello decir que, por rebote, una legislación rígida en materia de matrimonios civiles dulcifica paradójicamente, por la vía de la nulidad, las consecuencias rígidas también, del principio de indisolubilidad del matrimonio?" (477). A la luz de esta sentencia la respuesta solo puede ser afirmativa.

---

(476) DIEZ-PICAZO, Luis, Estudios..., cit., pág. 20.

(477) DIEZ-PICAZO, Luis, Estudios..., cit., pág. 21.

Duro y exacto es también, en su comentario, PEÑA: "...quizá en algún caso se ha llegado a la declaración de nulidad con excesiva facilidad: así, por no constar que las autoridades de la Iglesia hayan hecho ninguna declaración sobre la excomunión o sobre la apostasia - formal de contrayente, bautizado en la Iglesia católica (cf. S. 21 octubre 1959) (hay que tener en cuenta - que esta sentencia se refiere a un matrimonio celebrado con infracción de las prevenciones adoptadas -en desarrollo del artículo 42, Código Civil- por la Orden - de 10 de marzo de 1941, la cual podría relativar y en algún modo explicar -aunque no justificar, por el valor subordinado de toda orden ministerial- la doctrina que se sienta). Es obvio que esta doctrina no logra la total armonía con la disciplina canónica (c f. Canon 1099). Y, en cambio, está en contradicción con lo dispuesto en - el artículo 42 C.c. -particularmente tal como estaba redactado al tiempo del matrimonio- pues según tal artículo -y conforme a la interpretación que apoyan abundantes razones- procede autorizar el matrimonio civil cuando -- ninguno de los contrayentes profesa la religión Católica, de cuya religión apostatan, sin exigirse, además declaración, penal o no, en sentido alguno, de las autoridades eclesásticas". (478).

En resumen, y en lo que aquí interesa, la S.T.S. -

---

(478) PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, Matrimonio..., - cit., págs. 891 y 892 y nota 4. El subrayado es - nuestro.

21-X-59, identifica el término "profesar..." con el --  
hecho de estar bautizado,

-Sentencia de 16 de marzo de 1967

.....

..Sala: primera o de lo civil

..Recurso: de casación por infracción de ley

..Magistrado ponente: Antonio DE VICENTE TUTOR Y  
GUEL BENZU

..Hechos:

"Da Margarita B.G. representada por un Procurador,  
dedujo ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 11 de los --  
de Barcelona, demanda de juicio declarativo de mayor --  
cuantía contra D. Egón R.K. y el Mº Fisc., sobre nuli--  
dad de matrimonio civil y otros extremos.

La actora solicita la nulidad de su matrimonio ci-  
vil por haberlo contraído mediante una declaración jura  
da de no profesar la Religión Católica, a pesar de estar  
bautizada, asimismo solicita se le prive al padre de la  
patria potestad sobre el hijo de ambos, entregando al --  
niño al cuidado de la madre.

El demandado se opuso alegando que el matrimonio -  
civil se celebró en España, pero no se consumió hasta -  
haberse celebrado el matrimonio religioso-judio en París,  
y que en todo caso le pertenece la patria potestad sobre  
el hijo.

El Sr. D. Egón R.K. presentó una nueva demanda solicitando, para el improbable caso de ser declarado nulo el matrimonio no se le prive de la patria potestad.

Ambos pleitos fueron acumulados.

El Juez de 1ª Instancia dictó sentencia por la que desestimando la demanda promovida por Dª Margarita B.G. declaró la improcedencia de la suspensión de la patria potestad y que ésta corresponde al padre Sr. R.K. sin expresa imposición sobre costas. Apelada la sentencia, fué confirmada por la Audiencia, sin expresa imposición de costas.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El T.S. declaró haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia, la que dejó sin efecto, y dictó segunda sentencia por la que declaró la nulidad del matrimonio, quedando el hijo bajo el poder y cuidado de la madre".

- Sentencia:

Considerandos de la primera sentencia:

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso amparado en el núm, 7º del art. 1692 de la L.E.Civ., carece en absoluto de virtualidad en cuanto tiende a que se

declare que la recurrente fué bautizada en la Iglesia Católica, cuando tal hecho no ha sido impugnado en el proceso, la sentencia recurrida la admite tácitamente y aparece documentalmente probado en el juicio.

CDO: Que el segundo de los motivos articulados, que se encauza procesalmente por el núm. 1º del citado art. 1692 denuncia la violación por inaplicación de la sentencia recurrida del párr. 1º del art. 4º del C. Civ.- y de la doctrina contenida en las sentencias de esta - Sala de 21 octubre y 12 noviembre 1959 (R. 3958 y 3987) y 16 febrero 1961 (R. 343), así como por interpretación errónea de los arts. 42 y 101 del Código en relación al 1º de la Orden de 10 marzo 1941 (R. 498. Dic. 16294, nota, art. 42) por entender la recurrente que habiendo si do bautizada pertenece a la religión católica y venia - obligada a contraer matrimonio canónicamente y es nulo el civil que celebró: y habida cuenta que en el estado actual de la legislación y conforme a la constante jurisprudencia de esta Sala en las sentencias que se invocan y la posterior de 5 julio 1965 (R. 3698), la recurrente por haber recibido el sacramento del bautismo ingresó - como persona en la Iglesia Católica según el Canon 87 - del Código Canónico y conforme a los 732 y 737 del --- mismo, tal sacramento imprime carácter y la acompaña to da la vida, perdiéndolo únicamente si fuera arrojada de ella mediante excomunión o por abandono voluntario por apostasia formalmente acreditada o entredicho solemnemente declarado por Autoridad Eclesiástica, competente en -

forma escrita debidamente publicada, es evidente que no acreditado en el proceso ninguna de estas últimas circunstancias y careciendo esta jurisdicción de competencia -- para determinar la realidad y efectividad de causa suficiente para estimarla fuera de la comunidad de la Iglesia y cualquiera que sea el concepto que su conducta merezca a esta Sala, habrá necesariamente de estarse, a todos los efectos, a su condición de católica para resolver el problema planteado.

CDO: Que sentada la anterior doctrina, no puede ofrecer la menor duda que la recurrente venia obligada -- al contraer matrimonio, a celebrarlo en forma canónica como determina el artículo 42 del C. Civ. y el 1º de la O. 10 marzo 1941, sin que le estuviera permitido contraerlo en forma civil, aunque para ello presentara declaración jurada de no haber sido bautizada. ya que tal declaración era falsa, y quedaban sometida a su exactitud la validez del matrimonio y en su consecuencia, tal matrimonio civil fué radicalmente nulo por lo que la sentencia recurrida al declarar lo contrario ha infringido los -- preceptos invocados y debe ser casada y anulada prosperando el segundo motivo del recurso, sin necesidad de -- entrar en el examen de los restantes articulados, y sin que sea obstáculo para ello las razones aducidas por la Sala de instancia, todas de índole moral y de indudable peso, pero que no pueden revocar los preceptos legales -- en la actualidad vigentes".



Considerandos de la segunda sentencia:

"CONSIDERANDO: Que por los fundamentos de la sentencia de esta fecha que precede recaída en el recurso de casación, procede declarar la nulidad del matrimonio civil celebrado entre los litigantes accediendo al pedi--mento primero de la demanda, que impide resolver sobre el segundo que se articula con carácter subsidiario pa--ra el supuesto de que aquél no prosperara.

CDO: Que del estudio de lo actuado se desprende -- que ambos cónyuges procedieron con mala fe al contraer el matrimonio en cuestión, la mujer al firmar la decla--ración jurada de no haber sido bautizada y al ingresar y practicar en otra religión: y el esposo al extender -- dicha declaración y demás documentos precisos para su -- celebración, ocultando los domicilios de ambos y rese-- ñando otros que no respondían a la realidad y demás ac--tos de los dos efectos por todo lo cual, haciendo uso -- de la autorización concedida en los arts. 70 y 73 del -- C. Civ., y con miras sólo al beneficio del hijo del ma-- trimonio, dada su edad del momento de presentación de -- la demanda y en la actualidad su estado de salud y las -- atenciones que requiere, procede decretar que el hijo -- quede bajo el poder y cuidado de la madre".

CDO: Que no concurren méritos para hacer una espe-- cial declaración sobre costas en ninguna de las instan-- cias."

.. Preceptos legales citados:

. Canon 737 del Codex Juris Canonici:

"Baptismus, Sacramentorum ianua ac fundamentum, omnibus in re vel saltem in voto necessarius ad salutem, valide non confertur, nisi per ablutionem aquae verae et naturalis cum praescripta verborum forma.

Acum ministratur servatis omnibus ritibus et caeremoniis quae in ritualibus libris praecipiuntur, appellatur "sollemnis"; secus "non sollemnis" seu "privatus".

---

Ningún argumento nuevo aporta esta sentencia con respecto a la analizada inmediatamente arriba (S.T.S. - 21-X-59). Por lo tanto ningún comentario nuevo debe de ser hecho con respecto a su contenido.

Si es importante señalar la coincidencia en el Magistrado ponente; no pretendemos ignorar que las sentencias de nuestro más alto Tribunal son elaboradas colegiadamente, pero es perfectamente cierto que el "estilo" de algunos magistrados ponentes se puede descubrir en sentencias con años de diferencia. Este es el caso.

Junto a la mención anterior (un punto más que anecdotica), también es necesario aludir a otro extremo. Es evidentemente, sorprendente que a tan solo un trimestre de la Ley de Libertad Religiosa se produzca una sentencia.

cia tan restrictiva. Sabemos que se está aplicando una norma de 1941, pero tampoco se debe olvidar que las -- normas se deban de interpretar según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, y la realidad social es distinta en 1967 que en 1941 (479).

Así pues esta sentencia vuelve a aplicar la Orden -- de 1941, a la letra. Aquél, que siendo bautizado, pre--- tenda contraer matrimonio, lo deberá contraer canónico.

Quedan, así, analizadas las dos sentencias más res-- trictivas de la moderna historia del sistema matrimonial español. Dos sentencias, en las cuales se aplica textual-- mente la Orden del 41. Dos sentencias en las que, prácti-- camente, se viene a identificar la expresión "profesar..." con el hecho de estar bautizados.

e - Debe contraer matrimonio canónico aquél que prac--  
tique la religión católica.

No siempre ha seguido el T.S. interpretación tan -- estricta de la Orden del 41. Frente a la Orden del 41 -- el juzgador parece que puede adoptar sólo dos posiciones aplicarla --y por lo tanto identificar el término profe--

---

(479) No se nos oculta que tal vez el planteamiento de-- bería ser el contrario, en efecto. La realidad so-- cial --la moral (de mor, moris) publica-- de 1967 -- exige una mayor facilidad para la desaparición del vínculo matrimonial --el divorcio--; y para lograr -- tales resultados el Juez tiene que aplicar, parado

sar con el hecho de estar bautizado-, o bien -por el -  
contrario-, considerarla ilegal y por tanto no aplicar  
la. Pero cabe una tercera postura, una postura eclesiás-  
tica, decir que se aplica, pero hacerlo de una forma --  
laxa; lo que en cierta medida es tanto como no aplicar-  
la. Creemos esta tercera via es la seguida por S.T.S. --  
12-XI-59.

- Sentencia de 12 de noviembre de 1959.

.....

.. Sala: primera o de lo civil

.. Recurso: de casación por infracción de ley

.. Magistrado ponente: Francisco EYRE VARELA

.. Hechos: (480).

"La actora contrajo matrimonio civil con el deman-  
dado el dia 16 de marzo de 1949. Este matrimonio civil  
fué autorizado por el Juzgado Municipal, en virtud de -  
dos certificaciones que obraban unidas al expediente ma-  
rimonial y que habian sido expedidas, una de ellas, por  
el pastor de la Iglesia Evangélica del Redentor, y la --  
otra, por el coadjutor de la parroquia de San Roque, de

---

jicamente, unas normas absolutamente contrarias a  
la moral social del 1967 -la Orden de 1941-. Tal -  
vez sea esta la actitud del Juez. Pero, al margen  
de cualquier consideración ética, -el fin no justi-  
fica los medios-, esto sería una mala solución téc-  
nica.

(480) Transcribimos los hechos y el texto de las senten-  
cias tal como aparece en, DIEZ-PICAZO, Luis, Estu-  
dios..., cit., págs. 21 y 22.

Carabanchel. En esta última se hacía constar que la --  
actora no había sido bautizada en la religión católica,  
ni había recibido la primera comunión.

La actora dedujo demanda de juicio declarativo de  
mayor cuantía solicitando la nulidad del matrimonio. --  
Alegaba que había sido bautizada el día 16 de marzo de  
1918 en la Iglesia de los Santos Justo y Pastor de Ma-  
drid, según constaba en los archivos de dicha parroquia:  
que no sólo había practicado y profesado con anteriori-  
dad a su matrimonio la religión católica, sino que había  
continuado haciéndolo siempre; que había hecho la prime-  
ra comunión y conservaba todavía recordatorios de la ---  
misma; que de todo ello se deducía que en la celebración  
del matrimonio se había contravenido el artículo 42 CC -  
y lo dispuesto en la Orden ministerial de 11 de marzo --  
de 1941; que del matrimonio habían nacido dos hijos: ---  
Isaac y Ruchila; que su padre, a pesar de las protestas  
de la actora circuncidó a los niños y los llevó a la si-  
nagoga judía, que la actora, llevada de su sentimiento -  
religioso, bautizó posteriormente a los niños, lo que --  
ocasionó un grave conflicto con su marido, quien llegó -  
a decir que antes prefería que los niños estuviesen muer-  
tos que bautizados, personándose en la Iglesia donde ha-  
bían sido bautizados para protestar contra el bautismo -  
que de todo ello se deducía la imposibilidad de la vida  
en común por la divergencia de las convicciones religio-  
sas.

El demandado se opuso a la demanda, alegando que el

matrimonio civil se había celebrado por no profesar -  
ninguno de los dos contrayentes la religión católica;  
que la actora había demostrado siempre absoluta indi-  
ferencia por cualquier religión que no se acomodase a  
sus necesidades del momento y que había sido ella mis-  
ma quien la había urgido para contraer matrimonio ci-  
vil: que no obstante haber nacido los niños en 1949 y  
1951, respectivamente, su madre no los llevó a bauti-  
zar hasta finales de diciembre de 1952, unos meses an-  
tes de la fecha de interposición de la demanda de nu-  
lidad: que las relaciones matrimoniales se habían de-  
senvuelto en un principio con perfecta normalidad y -  
que la circuncisión de los hijos con arreglo a los ri-  
tuales israelitas se había hecho con el asentimiento-  
de su madre; solo posteriores desavenencias, originadas  
por determinadas improcedentes libertades de la actora,  
culminaron en la petición del depósito de mujer casada  
y en la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia -  
desestimando la demanda.

La Audiencia Territorial revocó la sentencia del Ju-  
zgado y declaró la nulidad del matrimonio, sin expresa  
declaración de culpabilidad de ninguno de los litigantes.

El T.S. declaró no haber lugar al recurso".

- Sentencia:

"A tenor de lo dispuesto en el artículo 42 del CC, los católicos solo pueden celebrar matrimonio sujetándose a las prescripciones de la Iglesia.

La Orden de 10 de marzo de 1941 determina inexcusablemente la estricta observancia de ese precepto e incluso sujeta la validez del matrimonio civil a la certeza o veracidad invocada de la acatolicidad, necesaria para acogerse a esta forma de matrimonio.

Ello determina la improcedencia de los dos motivos del recurso deducido por el Ministerio Fiscal, ya que está probado, y así lo aprecia la sentencia recurrida que los contrayentes engañaron a la autoridad que legalizó tal matrimonio demostrando mendazmente que ambos eran acatólicos, protestantes, siendo así que uno era católico, bautizado y observante de la religión aludida siendo de observar que esa evidente infracción legal de acogerse, en contra de lo ordenado, al matrimonio civil, siendo católico uno de los contrayentes, ocasiona la nulidad del mismo como comprendido, así reconocido generalmente por la doctrina, en el número 4º del artículo 101 del mencionado Código, en relación con el 4º del CC, y también así admitido por esta Sala en sentencia de 21 de octubre último, en la que se resuelve un caso de naturaleza igual al presente.

En cuanto al recurso interpuesto por el marido, es

igualmente improcedente, pues la Sala de instancia parte del supuesto de que no existen méritos para apreciar si hubo o no mala fe y de qué parte estuviera una y otra, y ante la presunción legal de buena fe, sólo cabe sostener ésta en ambos y, en todo caso, se provocarían parecidas, aún cuando la mala fe procediera de ambos, y dado que esos supuestos no se respetan en el aludido recurso que parte de la mala fe, no admitida en la sentencia, de la esposa exclusivamente, carece de base la pretendida aplicación de los preceptos legales cuya infracción se denuncia, ya que el cauce número 1º del artículo 1692 -- exige respeto a los hechos probados, debiendo además, en cuanto al segundo motivo, poner de relieve su absoluta inadmisibilidad por no expresar el número del artículo 1.692, ni siquiera el artículo a que se acoge, defecto -- que opera en este trámite como causa de desestimación".

-----

Personalmente, consideramos, que el término "profesar..." lleva implícito un grado de subjetividad --de actitud ante la religión católica--, difícilmente objetiva. Que tal vez la expresión más objetiva --sin apartarse de espíritu del término "profesar..."--, sea la de -- practicar el catolicismo, o como prefiera llamar la presente sentencia: "observar" la religión católica.

No aparece claro, es bien cierto, en esta senten--



cia que el T.S. considere identificable el término "profesar...", con el hecho de "observar". Es más, si leemos aisladamente el primer considerando, deberíamos suponer que el T.S. identifica "profesar...", con ser católico. Si sólo prestamos nuestra atención al segundo considerando, tal vez aparezca como hecho evidente que hay que aplicar la Orden del 41, es decir, los bautizados deben contraer matrimonio canónico.

Sin embargo si analizamos el tercer considerando --considerando esencial de esta sentencia, ya que es en él que se afirma la violación de la normativa legal a efectos de contraer matrimonio --veremos que el T.S. considera que el "observante" del catolicismo, es el que viene obligado a contraer matrimonio canónico; en efecto. Se afirma que "siendo católico" uno de los contrayentes el matrimonio civil será nulo. Esta afirmación --podría llevar a la consecuencia de que nos encontramos ante una de esas sentencias que identifican el término "profesar el catolicismo" con la expresión "ser católico", tal impresión sería falsa. Y sería falsa porque a diferencia de tales sentencias, en esta se da un concepto de ser católico, y ello se hace pocas líneas más arriba al afirmar: "...uno era y es católico, bautizado y observante..."

Para "ser" católico, hay que estar bautizado (y a ello hace referencia la palabra bautizado); hay que estarlo en el catolicismo --o bien haberse convertido a él

desde otra religión a la que se ingresó mediante bautismo válido- (y ello hace referencia la palabra católico); pero además, hay que adoptar una cierta posición activa frente al catolicismo, no basta adherirse en un momento, el ser católico exige una adhesión continuada, un modo de vivir: vivir en católico, (y a ello hace referencia la palabra observante); en la misma frase se insiste en este punto, cuando se dice: era y es católico, se quiere decir que se ha podido dejar de ser católico, habiéndo sido en un cierto momento.

Ese "ser observante", es lo que más habitualmente se llama ser practicante. Ser observante es cumplir -tratar de cumplir, al menos- las normas del catolicismo.

Para S.T.S. 12-XI-59 "profesar..." es "practicar..." El T.S. se muestra partidario de la posición subjetivista.

Junto a este tema -y también en el tercer considerando el T.S. también se plantea, una vez más, si la violación del artículo 42 del C.c. es o no causa de nulidad del matrimonio. El T.S. resuelve en este caso en el sentido de considerar el supuesto presente como incluíble -dentro del número cuarto del artículo 101 del C.C. (481)

---

(481) A propósito de tal extremo es citada, por ejemplo, -en: LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, - Francisco de Asis, Derecho de Familia, cit., pág. - 31 y PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, Matrimonio..., cit., pág. 891.

- Sentencia de 12 de diciembre de 1961  
.....

..Sala primera o de lo civil.

..Recurso: de casación por infracción de ley

..Magistrado ponente: Diego DE LA CRUZ DIAZ

..Hechos: (482)

"Los actores pretendían contraer matrimonio civil y a este efecto incoaron el oportuno expediente ante el Juzgado Municipal encargado del Registro Civil del Distrito del Hospicio, de Madrid. El Encargado del Registro mencionado había denegado el matrimonio con fundamento en que ambos contrayentes estaban bautizados. Efectivamente, los actores, al iniciar el expediente matrimonial habían declarado paladinamente que habían sido bautizados en la Iglesia Católica al nacer, pero que desde hacía varios años pertenecían a la Iglesia Evangélica Baptista, extremo que acreditó el pastor regente de tal Iglesia, quien afirmó que ambos eran asiduos concurrentes a las prácticas religiosas que se celebraban en la referida iglesia. Elevó el Juzgado consulta al señor Obispo de Madrid-Alcalá, pero no obtuvo más respuesta que el acuse de recibo.

Resados recurso ante la Dirección General de los --

---

(482) Tanto los hechos como la sentencia se transcriben tal como aparecen en DIEZ-PICAZO, Luis, Estudios..., cit., págs. 24 y 25.

Registros, la cual resolvió que concurría un obstáculo legal para el matrimonio civil, por lo cual debía suspenderse su celebración.

En estos términos los actores interpusieron demanda contra el Ministerio Fiscal solicitando que se dictase sentencia declarando su derecho a contraer matrimonio civil.

El Juzgado a la Audiencia desestimaron la demanda pero el T.S. declaró haber lugar al recurso".

- Sentencia:

"No obstante no ser potestativo el escoger la clase de matrimonio de los dos que reconoce la Ley, sino -- obligado para los católicos el celebrarlo conforme a -- las prescripciones de la Iglesia, y ser cierto que tienen la condición de tales, quienes, por el carácter que imprime el estar bautizados, de ella forman parte, y -- que a su jurisdicción exclusiva compete el decidir acerca de la exclusión de su seno, no lo es menos que los -- que a esta situación hayan advenido pueden contraer matrimonio civil, si prueban haber perdido dicha conceptualción de católicos, que les imponía el matrimonio canónico, cuya prueba, si bien es exacto que, por la índole -- de la materia, no puede estimarse cumplida por la mera -- declaración de los interesados, ni por aportaciones que avalen una situación de conciencia o confirmen hechos --

externos, sobre cuya trascendencia, sólo puede pronunciarse la Iglesia, como declarado tienen las sentencias de esta Sala de 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959, si ha de considerarse suficiente, cuando se han cumplido las prescripciones legales que obvian el obstáculo -- que se opone a la eficacia de la prueba aportada por la comunicación circunstanciada del caso a la autoridad -- eclesiástica diocesana (art. 245 del Reglamento del Registro Civil, de 14 de noviembre de 1958), con lo que -- se reconoce la competencia de su jurisdicción.

Sentado lo expuesto, como por la sentencia recurrida se acepta que los actores y recurrentes han abjurado de los dogmas de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana, que pertenecen a la Cristiana Eváangelica Baptista, -- y que han aportado prueba documental, demostrativa de no practicar aquélla, que en el pertinente expediente se expuso a la autoridad eclesiástica diocesana el proyectado matrimonio habiendo transcurrido un mes sin que nada se hubiese expuesto por la misma, y no obstante todo ello -- se deniega la pretensión de los actores de que se declare no existir obstáculo para la celebración de su matrimonio civil y que procede acceder a su celebración por -- la razón de estimar ineficaz la prueba de su acatolici--dad, entendiendo erróneamente que es inexcusable la aportación de la expresada declaración de la Iglesia de no -- ser católicos, en contradicción con lo preceptuado en el artículo 41 del Reglamento del Registro Civil, vágente a la sazón y recogido en el 245 del actual, que se limita --

a determinar la forma cómo debe ser probado por los bautizados el no profesar la religión católica y solicitar celebrar el matrimonio civil que permite el artículo 42 del Código Civil vigente, en la fecha en que se solicitó, esta tesis, ha de reputarse equivocada, y al acusarse como error de derecho en el motivo quinto del recurso y denunciada en el primero como interpretación errónea del artículo 42 del CC. es procedente acogerla, por la exclusiva razón consignada, ~~la exclusividad de la prueba~~

~~la exclusividad de la prueba~~, lo que hace innecesario por su intrascendencia a efectos del recurso el examinar singularmente cada uno de los demás motivos formulados".

Curiosamente, en esta sentencia aparece menos claro que en la anterior, la identificación del término -- "profesar..." con el hecho de practicar. Y decimos curiosamente por que aquí, a diferencia de lo anterior, si -- emplea la palabra "practicar". No obstante antes de entrar en tal tema, consideramos importante destacar otro aspecto.

El aspecto al que nos referimos no es de fondo, sino meramente formal. Más exactamente la forma en que la controversia se plantea. En la práctica totalidad de -- las sentencias nos encontramos frente a un matrimonio -- o apariencia de matrimonio- cuya nulidad se pretende -- lograr --con una u otra finalidad: económica, evitar la incursión en un delito, etc...- mediante la prueba de --

violación del artículo 42 del C.c. Sin embargo, en este caso no nos encontramos ante un matrimonio, cuya nulidad se pretenda lograr; sino, bien al contrario, ante la pretensión de una pareja que aspira a contraer matrimonio civil, y ello con la oposición de sucesivamente- el Encargado del Registro Civil, la Dirección General de los Registros y del Notariado, el Ministerio Fiscal y el Juez de primera Instancia. Aquí se le pregunta al Tribunal Supremo, ante un caso concreto, si pueden o no pueden contraer matrimonio civil. Y el T.S. responde (483).

Se ocupa, en primer lugar, el T.S. de señalar, con toda nitidez, que el sistema matrimonial español, es el de matrimonio civil subsidiario ("...no ser potestativo el escoger la clase de matrimonio..."). Pasa más adelante el T.S. a inclinarse solamente en apariencia, como más tarde veremos por la forma más restrictiva del sistema subsidiario ("...obligado para los católicos el celebrarlo conforme a las prescripciones de la Iglesia, y ser cierto, que tienen la condición de tales, quienes por el carácter que imprime el estar bautizados, de ella forman parte..."). Para más adelante admitir, simultáneamente, la posibilidad que un miembro de la Iglesia deje de serlo, y por otra parte la competencia exclusiva de la Iglesia a esos efectos ("... a su jurisdicción exclu-

---

(483) Este extremo aparece destacado, con todo acierto, - en DIEZ-PICAZO, Luis, Estudios..., cit., pág. 26.

siva compete acerca de la exclusión de su seno..."). Y como consecuencia, que aquellos que "...a esta situación hayan advenido, pueden contraer matrimonio civil..." Se considera más adelante insuficiente prueba de acatolicidad la simple declaración. Para pasar a considerar suficiente prueba "...cuando se han cumplido las prescripciones legales que obvian el obstáculo que se opone a la eficacia de la prueba aportada por la comunicación circunstanciada del caso a la autoridad eclesiástica diocesana..."

Es en el segundo considerando en el que se hace referencia a la práctica, en este considerando parecen --- enunciarse las condiciones -pero sin especificar cuales son necesarias y cuales no, y cuales suficiente y cuales no-para poder contraer matrimonio civil; en el supuesto de bautizados en el catolicismo:

1 - Declarar que no se profesa ("...abjurado de los dogmas de la Iglesia Católica Apostólica y Romana...") -

2 - Pertenecer a otra religión ("que pertenecen a la Cristiana Evangélica Bautista..."),

3 - No practicar el catolicismo ("...que han aportado prueba documental, demostrativa de no practicar --- aquella...").

4 - Cumplir lo preceptuado en el artículo 245 del Reglamento del Registro civil del 14 de noviembre de 1958.



("...que en el pertinente expediente se expuso a la autoridad Eclesiástica Diocesana el proyectado matrimonio, habiendo transcurrido un mes sin que nada se hubiese expuesto por la misma...")

Creemos que solo 1,3 y 4 son necesarios, la pertenencia a otra religión no es más que un método de facilitar la prueba de que no se practica (484). La simple declaración, al ser insuficiente en si misma, y por su escasa - dificultad se puede considerar como superflua. La exigencia del artículo 245 del R.R.C., es solo eso, una exigencia reglamentaria, y por lo tanto modificable reglamentariamente; por ello, podemos concluir afirmando que el único requisito de fondo, el único requisito derivado directamente del Código civil, que S.T.S. 12-XII-61 exige para contraer matrimonio civil es la prueba de que no se practica la Religión Católica. (485)

- Sentencia de 11 de marzo de 1975 (486)  
.....

.. Sala: primera o de lo civil

.. Recurso: de casación por infracción de ley

.. Magistrado ponente: Mariano GIMENO FERNANDEZ

.. Hechos:

---

(484) Una opinión contraria, en la forma de interpretar esta sentencia, puede verse en DIEZ-PICAZO, Luis-Estudios..., cit., pág. 26.

(485) No es destacada la alusión a la "práctica del catolicismo", ni en DIEZ-PICAZO, Luis, Estudios..., -- cit., págs. 24 y ss, ni en ESPIN, Diego, Manual..., cit., Vol. IV, pág. 84.

"Don José M.M. dedujo ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 30 de los de Madrid, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra doña Talania S.K. y el Mº Fiscal, sobre nulidad de matrimonio civil.

Los antecedentes de hecho necesarios para el estudio de esta sentencia se recogen en los considerandos -- de la misma.

El Juez de 1ª Instancia, dictó sentencia desestimando la demanda, con costas al actor. Apelada la sentencia la Audiencia la confirmó, sin hacer especial imposición de costas de segunda instancia.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El T.S. declaró no haber lugar al recurso interpuesto".

- Sentencia:

"CONSIDERANDO: Que de la sentencia de instancia, ya que la recurrida acepta íntegramente todos los fundamen-

---

(486) Puede verse un comentario más amplio del que aquí cabe realizar en ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, El sistema..., cit.

tos de la del Juzgado, puede destacarse a los fines de -  
la resolución de este recurso, establecerse como proba -  
do, que el actor nacido en Bilbao en 9 junio 1931 y ----  
bautizado en 21 del mismo mes y año, fué trasladado a -  
Rusia como consecuencia de la guerra habida en España, -  
cuando contaba seis años de edad permaneciendo en dicho  
pais durante diecisiete años, dentro de los cuales con--  
trajo matrimonio civil con la demandada en 20 septiembre  
1954 con plena conciencia y conocimiento de su validez -  
ante el encargado del Registro Civil de la localidad ru--  
sa donde tuvo lugar el acto; que al regresar a España, -  
solicitó y obtuvo la inscripción de aquél matrimonio en  
el Registro Civil Central de la Dirección General de los  
Registros: que en la época en que se celebró el matrimo--  
nio. España no mantenía relaciones diplomáticas con Rusia,  
no existiendo en dicho pais representación Consular de -  
España: que es un hecho notorio que la práctica de la --  
religión católica estaba totalmente erradicada en aquél  
pais durante el tiempo de la permanencia del actor en el  
mismo, el que al regresar a España no cuidó si de ello -  
tenia conciencia o propósito de ratificar aquella unión--  
por via sacramental, sino que optó por la inscripción --  
del referido matrimonio civil en el Registro Central de  
España; que los hijos habidos del matrimonio los inscri--  
bió en el Registro civil, ya en España, como hijos de él  
y de la demandada: y que la interposición de la demanda  
de nulidad de matrimonio que motiva este proceso tuvo --  
lugar en 19 julio 1972 y la motivó el hecho de que su --

esposa sufría trastornos mentales.

CDO: Que de la simple lectura de la demanda, así como de los hechos que estima acreditados la sentencia recurrida, deducidos algunos de las propias manifestaciones del actor en su confesión, se obtiene la conclusión de que al demandante nunca le inquietó su situa--ción matrimonial y unión a su cónyuge por vínculo exclusivamente civil, sino que contraído aquél matrimonio en Rusia en 20 septiembre 1954 en las circunstancias a que anteriormente queda hecho relación, con la demandada mujer de aquella nacionalidad al trasladarse luego a España instó y obtuvo la transcripción de aquél matrimonio al Registro Civil Central de la Dirección General de los Registros no sugiriéndole inquietud alguna aquella situación manifiestamente opuesta a la exigible a un bautizado que se mantiene en el seno de la Iglesia Católica con la profesión religiosa activa que le exigiría su fe, hasta que a su cónyuge se le presentaron a decir del propio recurrente determinados trastornos mentales, motivo que le impulsó a la presentación de la demanda inicial de este proceso, en súplica de que se declarase la nulidad -- del relacionado matrimonio obteniéndose de los hechos -- que anteceden y su valoración la misma conclusión a que llega la sentencia del Tribunal "a quo" de que el actor no profesa la religión Católica al menos desde que a los seis años fué trasladado a Rusia, conclusión que no ha -

sido contradicha eficazmente en el orden procesal, deduciéndose de todo ello además, que el móvil o finalidad del presente litigio no es otro, que el tratar de desligarse del vínculo matrimonial civil libremente contraído y ratificado su consentimiento y propósito de mantenerlo una vez en España, ante la supuesta aducida anormalidad de los trastornos mentales actuales que sufre la esposa, lo que no puede determinarse la nulidad del matrimonio.

CD0: Que ya esta Sala en sentencia de 20 de abril - del pasado año (R. 1974, 1670) motivada por hechos si no idénticos, pero que guardan gran analogía con el presente caso, mantuvo que las circunstancias del momento y lugar en que las litigantes contrajeron el matrimonio civil ante el encargado del Registro Civil en Rusia, impedían pudieran verificarlo ante las autoridades españolas, por la carencia de representación diplomática de España - en aquél país, en donde no existían facilidades para contraer matrimonio canónico en el supuesto de que ésta hubiera sido la voluntad de las partes y que si bien era -- cierto que el recurrente está bautizado, no aparecía acreditado, hubiera venido practicando la religión católica - ni pudo hacer declaración de apostasía por no existir en Rusia representantes de la Iglesia Católica, y con posterioridad al volver a España no intentó la confirmación canónica de su matrimonio, sino que acudió a la autoridad civil: Dirección General de los Registros en solicitud de que se transcribiera el acta matrimonial del celebrado en Rusia, lo que no hubiera sido tener lugar sin -

la manifestación de que no profesaba la religión Católica conforme establecía la legislación civil de aquella fecha y si ello no fuera suficiente, inscribió en el Registro Civil como hijos de ambos cónyuges, los habidos con posterioridad en España y contra esta conducta que denota su acatolicidad, trataba de conseguir la nulidad del matrimonio con apoyo en unas normas ya rebasadas al haber hecho la transcripción de aquél en el Registro Civil español, lo que motivó la desestimación del recurso, doctrina que por su similitud puede aducirse en el caso presente como lo verificó el M<sup>re</sup> Fiscal en el acto de la vista.

CDO: Que el motivo décimo del presente recurso, único formulado por el cauce del núm 7º del art. 1692 de la L.E. Civ. va encaminado a combatir la valoración de la prueba verificada por la sentencia recurrida acusando error de derecho que apoya en la violación de la Orden del M<sup>re</sup> de Justicia de 10 de marzo 1941 (R. 498 y Dic. 12694, nota art. 42) inoperante a los fines que se pretende, pues la misma tiene un carácter administrativo dirigido a los Jueces Municipales en el ejercicio de su función de encargados del Registro Civil, no contiene precepto alguno valorativo de prueba de obligado acatamiento por los tribunales, que es lo que podría integrar la materia de la pretendida infracción y se refiere a supuesto distinto al de autos en que el matrimonio de los litigantes se celebró y autorizó el 20 septiembre -

1954 ante las autoridades locales civiles del país de la residencia en aquél entonces de los contrayentes y la transcripción del mismo al Registro Civil en España aparece tuvo lugar a instancia del actor, al amparo de la O. de 14 de marzo 1950 (R, 388), dictada para autorizar la transcripción al mismo de los actos concernientes al estado civil de matrimonios de los españoles celebrados en extranjero, ante las autoridades locales del país, en que no existan representación Diplomática o Consular de España, supuesto distinto al que contempla la disposición en que se apoya el motivo que en consecuencia ha de desestimarse así como también por los propios razonamientos del motivo segundo que por el cauce del núm. 1. del art. 1692 de la L.E. Civ. pretende acusar la violación del art. 1º de la citada O. de 10 marzo de 1941.

CDO: Que el resto de los motivos en que apoya el recurso, formulados todos ellos al amparo del núm. 1º del art. 1692 de la L.E. Civ., en el primero y séptimo se acusa en uno de ellos la violación del art. 42 del C. Civ., y en el otro la interpretación errónea del propio precepto, pero ambos han de ser rechazados, por que estimado por el tribunal "a quo" que el actor no obstante hallarse bautizado a raíz de su nacimiento, no ha profesado la religión Católica afirmaciones no combatidas por la vía adecuada, es indudable no se ha producido ni

la violación ni la interpretación errónea del art. 42 del C. Civ. y por lo que hace referencia a los motivos tercero, sexto y octavo, se acusa en los dos primeros - la violación del núm. 4 del art. 101 del C. Civ., en el segundo la violación del propio precepto en relación con el párrafo último del art. 100 del propio cuerpo legal - y en el tercero de ellos la interpretación errónea del mismo precepto del art. 101 desestimables igualmente todos ellos, ya que por los propios razonamientos de la -- sentencia de esta misma Sala de 20 abril 1974 (R. 1670), no podía exigirse ni la intervención del Juez Municipal ni la de los representantes consulares españoles inexistentes en territorio ruso en la fecha de la celebración del matrimonio, por lo que hubo de celebrarse con arreglo a la ley del lugar, siendo transcrito más tarde al Registro Civil de España a instancia del propio actor, - a la vista de la certificación presentada y manifestaciones que el mismo hizo, según consta en la propia certificación, por lo que reúne todos los requisitos formales exigibles para su validez y por lo que afecta al motivo quinto en que se acusa la violación del art. 3 del C. Civ. vigente en la fecha de la presentación de la demanda, que establece el principio de la irretroactividad de las leyes, debe ser igualmente desestimado, porque dicho principio discutido en la doctrina en cuanto a su -- extensión, no tiene un carácter absoluto, sino que aunque la norma no hubiera fijado expresamente la retroactividad puede otorgársela cuando se trate de disposiciones admi--



nistrativas de carácter interpretativo que conduzcan a la fundamentación de la validez del matrimonio, y así sucede en el presente caso en que las disposiciones relacionadas con la celebración del matrimonio civil, han venido siendo objeto de sucesivas interpretaciones adaptándolas a la evolución de los principios sobre libertad religiosa, y que se plasmó últimamente, en la Ley de 28 junio 1967 (R. 1278) tendentes a establecer un régimen más acorde con aquellos principios que tienen su fundamento en la dignidad de la persona humana, atendido además el carácter de orden público atribuido a las cuestiones que se refieren al estado civil siempre que a través de ello no se prive de ningún derecho establecido por ley anterior, lo que no sucede en el caso de autos, en el que el recurrente además, lo que pretende es ir contra sus propios actos demostrativos de su acatamiento, inducido por el deseo de poner fin o disolver su vínculo matrimonial, no por imperativo alguno de conciencia derivado de la profesión de la fe católica, sino motivado por los trastornos mentales que aduce su esposa.

CDO: Que en el motivo tercero, cuarto y quinto, acusen la violación de la doctrina jurisprudencial que cita pero con independencia de la mayor o menor similitud que guarden los supuestos de hecho en que se apoyan, su doctrina está ya rebatida por la sentencia de esta Sala citada anteriormente de 20 abril 1974 en caso análogo al -

presente, y razonamientos que preceden.

CDO: Que por todo ello es procedente la desestimación del recurso con imposición de las costas al recurrente y pérdida del depósito constituido al que se le dará el destino legal, todo ello de conformidad con lo que previene el art. 1748 de la L.E. Civil".

.. Preceptos legales citados

. Artículo 3º del Código Civil

"Las leyes no tendrán efecto retroactivo, sino dispusieren lo contrario".

-----

Es esta una sentencia de especial importancia en la historia de la jurisprudencia matrimonial española, ello justificará un comentario más extenso que el que viene siendo norma en el presente trabajo.

El motivo que desencadena la actividad judicial es, una vez más la pretensión de lograr la declaración de nulidad de un matrimonio civil, apoyándose en una violación del artículo 42 del C.c. Veamos que responde el T.S.

En el primer considerando el T.S. realiza una recapitulación de los hechos que considera más destacables, son a saber:

- El actor es bautizado.
- A los 6 años va a Rusia y reside varios años.
- Contrae matrimonio civil en dicho país.
- Inscribe -más tarde- dicho matrimonio en el Registro español.
- No hay consul español en Rusia.
- La causa que motiva la demanda son los trastornos mentales del cónyuge.
- El catolicismo está erradicado en Rusia.

Así pues lo que el T.S. considera destacable de los hechos es: de una parte la educación acatólica del actor, de otra la imposibilidad de contraer su matrimonio respetando la normativa sobre matrimonio celebrado ante funcionario diplomático, la inscripción en el Registro Civil en cuanto fué posible, y -muy importante- la razón que le impulsa a solicitar la nulidad es bien ajena a tranquilizar su conciencia de católico, o de respeto al ordenamiento canónico o español.

Se insiste en todos estos puntos en el segundo considerando, cuyo contenido puede resumirse en esta frase: " [su actitud es] manifiestamente opuesta a la exigible a un bautizado que se mantiene en el seno de la Iglesia Católica con la profesión religiosa activa que le -- exigiría su fe...".

Tres ideas consideramos destacables del tercer considerando:

-La mención a la práctica de la religión.

-El considerar que un conjunto de actividades denotan su acatolicidad.

-La mención de normas "ya rebasadas".

Podemos afirmar que las dos primeras ideas, junto con la mención a la "profesión religiosa activa", llevan a la conclusión de que el T.S. identifica la "profesión...", con una actitud positiva, con un hacer, -- con un determinado modo de comportarse; en definitiva: con lo que habitualmente se conoce con el nombre de "practicar la religión católica".

La tercera idea va dirigida directamente a la Orden del 41, pero es en el siguiente considerando en el que entra a fondo en el tema.

El siguiente considerando se limita -ni más ni menos- que a situar a la Orden del 41 en su justo lugar: "...tiene un carácter administrativo dirigido a los Jueces Municipales en el ejercicio de su función de encargados del Registro Civil, no contiene precepto alguno -valorativo de prueba de obligados acatamiento por los tribunales..." Consideramos innecesario cualquier comentario. El Tribunal no ha violado la Orden del 41, por el sencillo motivo de que una Orden Ministerial no puede ser violada por un Tribunal que aplica una norma de rango superior.

La posible violación del artículo 42 es rechazada en el siguiente considerando. El artículo 42 no obliga a los bautizados a contraer matrimonio canónico. También se insiste en este considerando sobre que el matrimonio se contraerá de acuerdo con la forma del lugar de su celebración.

La indicación de una progresiva evolución del sistema matrimonial, en el sentido de facilitar el acceso al matrimonio civil, impulsado por un mayor respeto a la dignidad de la persona humana, y la mención a la Ley de Libertad Religiosa -lo que lleva implícita la idea de que en interpretaciones anteriores tal derecho era violado-, concluye el contenido de este considerando.

En el penúltimo considerando se recoge una idea de singular importancia: una sentencia posterior "borra" todas las que le antecedieron a efectos de violación -- de la doctrina jurisprudencia.

Esta importante sentencia puede resumirse en lo que a nosotros afecta, en que para ella, profesa el catolicismo el que lo practica.

f - La declaración de apostasia, como requisito necesario para que los bautizados puedan contraer matrimonio civil.

- .. Sala primera o de lo civil
- .. Recurso: de casación por infracción de Ley
- .. Magistrado ponente: Juan Antonio LINARES FERNANDEZ
- .. Hechos: (487).

Don Ceçilio P.G. dedujo ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de los de Valencia demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra doña Tatiana I.V. y el Mº Fiscal, sobre declaración de nulidad o inexistencia de vínculo matrimonial civil.

El actor alegó, que durante su estancia en Rusia - contrajo matrimonio civil con la demandada: que una vez regresado a España la diversidad de caracteres y educación, hacen que el matrimonio sea insostenible, por lo que terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare nulo el matrimonio contraído en Leningrado - entre el actor y la demandada el 5 enero 1952; declarando la buena fe de ambos cónyuges y decretando en consecuencia los efectos civiles procedentes, según disponen los arts. 70 y 72 del C. Civ., así como la anotación de la sentencia al margen del acta del matrimonio con costas a la demandada si se opusiera.

El Fiscal se opuso a la demanda.

La demandada se opuso a la demanda alegando que - las desavenencias matrimoniales se deben a que el actor

---

(487) Una exposición más detallada puede encontrarse en ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, El sistema..., cit. á s. 942 y ss.

se ha amancebado con una inglesa, con la que convive, y formuló reconvencción pidiendo la separación conyugal.

El Juez de 1ª Instancia dictó sentencia desestimando la demanda y estimando parcialmente la reconvencción declaró la validez del matrimonio contraído por el actor con la demandada en Leningrado y desestimó el resto de las pretensiones de la reconvencción, decretando no haber lugar, por ahora, a la separación legal de los cónyuges ni a ninguna de las consecuencias de tal separación que se interesan, sin costas. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó en cuanto desestima la demanda, y en cuanto declara la validez del matrimonio civil, y revocándole en lo demás decretó la separación legal de los cónyuges, declarando culpable al marido: que el actor quede privado de la patria potestad sobre los hijos del matrimonio que serán puestos bajo la potestad y cuidado de la madre, así como la pérdida de la administración de los bienes de la demanda si la tuviere, - cuyos bienes y los correspondientes en la liquidación de la sociedad conyugal serán por ella administrados y que se proceda a la anotación de la sentencia en el asiento del Registro Civil, sin costas.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por un sólo motivo.

El T.S. declaró no haber lugar al recurso interpuesto".

-Sentencia:

"CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida. Considerando segundo, señala como hecho probado, que el actor recurrente bautizado al contraer matrimonio en Rusia en 5 enero de 1952, ante autoridad de aquél país, sin poder salir del mismo, pues hasta acuerdo conseguido por la -- Cruz Roja internacional en 1956 no pudo volver a España, haciéndolo después su esposa y que vuelto a España, solicitó y consiguió la inscripción del matrimonio en el Registro Civil Central de la Dirección en 17 febrero -- 1959 folio seis de los autos y que los hijos habidos -- del matrimonio en España fueron inscritos como legítimos folios 7 y 8.

CDO: Que de tales hechos deduce que no pudo hacer declaración de apostasia por no haber Iglesia en Rusia, y se casó con arreglo a las normas del lugar de su residencia y que al venir a España y conseguir la inscripción en el Registro Central quiso y dió validez al matrimonio realizado en Rusia y que por tal, el caso debatido por no estar previsto en ellos, no está incluido en los arts. 42 y 100 del C. Civ., que parten del supuesto, de que se pueda hacer declaración de no profesar la Religión Católica para la validez del matrimonio civil y aplica el principio de que no se puede negar eficacia a la manifestación de voluntad de contraer matrimonio con persona que lo acepta y exterioriza la suya encaminada



al mismo fin, cuando esa omisión de voluntad se hizo ante el encargado del Registro Civil del lugar en que se realiza.

CDO: Que el único motivo del recurso amparo en el núm. 1º del art. 1692 de la Ley, acusa violación del párrafo 1º del art. 4º del C. Civ. y las sentencias -- que cita e interpretación errónea de los arts 9-11-3º; 42 y 101 del Código en relación con la O. de 10 marzo 1941 (R. 498 y Dic. 12694), motivo que por tratar materias dispares, sin hacerlo en otros distintos, adolece de efecto de formulación del art. 1729-4º y 1720 párr. 2º y que aparte de estos defectos formales, que pueden determinar la desestimación del motivo en este momento procesal como alegó en la Vista el Mº Fiscal, partiendo de los hechos que se estiman acreditados en la sentencia, es evidente que en las circunstancias del momento y lugar en que los litigantes contrajeron el matrimonio civil, ante el encargado del Registro en Leningrado, impedían pudieran verificarlo ante las autoridades españolas, porque no podían trasladarse a España y por la carencia de representación diplomática de España en Rusia, y en donde no existían facilidades para contraer matrimonio canónico, en el supuesto de que esta hubiera sido la voluntad de los contrayentes, que si bien es cierto que el recurrente fué bautizado, no aparece que haya venido profesando la Religión Católica con posterioridad y al volver a España, no intentó

la confirmación canónica del matrimonio, sino que acudió a la autoridad civil. Dir. Gral. de los Registros, en solicitud de que se transcribiera el existente, lo que se llevó a cabo en 17 febrero 1959, y ello no hubiera podido tener lugar, sin la manifestación de que no profesaba la Religión Católica, conforme establece la legislación vigente en aquella fecha, y por si esto no fuera suficiente, inscribió en el Registro Civil, como hijos legítimos de dicho matrimonio los habidos con posterioridad en España y contra esta conducta que denota su acatolicidad, trata ahora de conseguir la nulidad - con apoyo en unas normas ya rebasadas al hacer la transcripción en España del matrimonio, cuando según la sentencia recurrida, se ha quebrantado la paz conyugal, lo que determinó la petición reconventional de separación, formulada por la esposa y estimada por la sentencia que no ha sido concretamente combatida en el recurso, todas cuyas circunstancias determinan la desestimación del motivo y con ella la del recurso, con costas por ser preceptivas y devolución del depósito constituido por no ser conformes las sentencias".

.. Preceptos legales citados:

. Párrafo 2º del artículo 1720 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

"Si fueren dos o más los fundamentos o motivos del recurso, se expresarán en párrafo separado y números separados".

. Punto 4º del artículo 1729 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

"El primero de los fallos formulados en el artículo anterior se dictará:...4º Cuando no se hayan citado con precisión y claridad las leyes que se supongan infringidas y el concepto en que lo hayan sido..."

-----

Dos elementos, que son habituales fuente de conflicto en materia matrimonial, confluyen en el presente supuesto: la aplicación de la Orden de 1941 y la introducción de un elemento extranjero.

Nos encontramos ante un caso en que el demandante pretende lograr la nulidad de un matrimonio civil para contraer uno canónico, a lo cual no se opone la Autoridad Eclesiástica. Sin embargo, el poder judicial español no declara tal nulidad (488).

Del tenor general de la sentencia se deduce que el requisito para que un bautizado pueda contraer matrimonio civil es que declare la apostasia (y esto en un matrimonio contraído en 1952). Pero no se queda el Tribu-

---

(488) No es este el único caso en el que se produce discordancia entre jurisdicción canónica y civil, así por ejemplo en S.T.S. 22-III-65 se condena por delito de bigamia, aunque el primer matrimonio (civil y religioso no canónico) ha sido declarado nulo por la Autoridad Eclesiástica.

nal Supremo en ese punto, sino que vá más lejos: el Tribunal Supremo trata de señalar lo que se debe considerar declaración de apostasia -en este caso al menos-.

La afirmación esencial, a este respecto, viene -- recogida en el tercer considerando: "...al volver a -- España no intentó la confirmación canónica del matrimonio, sino que acudió a la autoridad civil, Dirección -- General de los Registros, en solicitud de que se transcribiera el existente, lo que se llevó a cabo en 17 de febrero de 1959, y ello no hubiera podido tener lugar sin la manifestación de que no profesaba la Religión -- vigente en aquella fecha...y contra esta conducta que denota su acatolicidad, trata ahora de conseguir la nulidad con apoyo en unas normas ya rebasadas al hacer -- transcripción en España del matrimonio...".

Para un matrimonio civil, celebrado en el extranjero en 1952, por un bautizado, e inscrito en el Registro Civil en 1959 sea válido debe cumplirse una de estas dos condiciones:

- a) Que la Orden de 1941 sea nula de pleno derecho
- b) Que el Derecho aplicable, a efectos de validez de un matrimonio sea el del momento de su inscripción y no el de su celebración.

Creemos que el Tribunal Supremo, en apariencia, se

inclina por esta segunda vía. Solución que nos parecería incorrecta. ~

A cerca de la iretroactividad de las leyes matrimoniales, se ha pronunciado suficiente número de veces el T.S. -varias de ellas aquí recogidas- como para evitar - el insistir en este punto.

La inexactitud de considerar que el negocio jurídico matrimonial surge en el momento de su inscripción y - no en el de su celebración no exige, por obvio, ningún - tipo de explicaciones. Otra cosa es que la inscripción en el Registro sirva como medio de prueba (489), teniendo bien en cuenta que lo que se prueba no es la existencia del matrimonio, sino su celebración (490). Con la inscripción registral se obtiene un modo de prueba de la celebración, pero el matrimonio surge desde la celebración como la propia Ley Reguladora del Registro civil dice en su artículo 70: "Los efectos civiles del matrimonio canónico o civil se producirán desde la celebración..."

---

(489) "La prueba del matrimonio civil o canónico se debe de dar, en principio, mediante certificación del - Registro Civil..." ALBADALEJO, Manuel, Manual..., - cit., pág. 52.

(490) "Una vez se abre paso la teoría canónica contractual del matrimonio y se afianza su indisolubilidad, la prueba no se dirige ya, como en el Derecho Romano, a comprobar la relación conyugal... sino el acto que la origina y la funda: es, ahora, prueba de la celebración del matrimonio". LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis, Derecho de Familia, cit., pág. 62.

En 1959, en virtud del artículo 243, 2º del R.R.C.- se exige declaración de no profesión del catolicismo; pero en 1952 -de ser legal la Orden del 41- no bastaría con eso.

Estimamos que el T.S. se apoya, aunque no lo explicita, en la nulidad de la Orden del 41. No aplica la --- normativa vigente en el 1959 (491), aunque se ampara en ella para lograr el resultado pretendido.

En esta sentencia el T.S. considera que en 1952 para que un bautizado pudiese acceder al matrimonio civil bastaba con su declaración de no profesión, y si no la - podía hacer -como en este caso- bastaba con que lo hiciera en el momento de la inscripción.

Creemos que debe llamarse la atención sobre la frase "...contra esta conducta que denota su acatolicidad..." No puede desprenderse de esta afirmación que el T.S. considere que "no profesar el catolicismo" equivale a tener una "conducta que denote su acatolicidad", tal conducta sólo puede ser una: la declaración de no profesión.

---

(491) Baste como prueba señalar que no se menciona en - ningún momento la posible violación de los arts.- 245 y 246 del R.R.C.

Como conclusión podemos afirmar que el T.S. considera en esta sentencia que basta con la "declaración de no profesión". Este es el espíritu que se desprende de ella, independientemente de tal solución específica del caso concreto. En 1974 el término "profesar...", equivale a declarar.

q - Se sustituye el término "profesar la religión católica" por el de "ser apostata", sin aclarar su contenido.

- Sentencia de 15 de abril de 1967  
.....
- .. Sala: primera o de lo civil
- .. Recurso: de casación por infracción de Ley
- .. Magistrado ponente: Tomás OGAYAR Y AYLLON
- .. Hechos:

"Don Giuseppe D.P., representado por un Procurador, dedujo ante el Juzgado de 1ª Instancia de Santa Cruz de Palma, demanda contra doña Maria Nela S.J.G., sobre nulidad de matrimonio civil.

El actor, que contrajo matrimonio civil "in articulo mortis" con la demandada solicita su nulidad por haber firmado el acta de matrimonio por amenazas de los parientes de la demandada, y por no haber hecho manifestación alguna de no profesar la Religión Católica.

La demandada se opuso alegando que se cumplieron - todas las formas legales en la celebración del matrimonio.

El Juez de 1ª Instancia dictó sentencia estimando la demanda, sin hacer expresa condena en costas. Apelada la sentencia fué confirmada por la Audiencia sin hacer declaración sobre costas en el recurso.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben.

El T.S. declaró no haber lugar al recurso interpuesto".

- Sentencia:

CONSIDERANDO: Que es doctrina jurisprudencial muy reiterada la que afirma que la casación se funda en la distinción entre hecho probado inmutable y sus consecuencias legales, por moverse en el conflicto de los valores la legal y la judicial, dado que si bien el error de derecho dirige la impugnación contra un medio de prueba legal en donde ha sido infringida la ley en el error de hecho se encamina a los resultados de las pruebas, y se produce cuando el Tribunal de instancia fija un hecho sin advertir que es incompatible con el que aparece narrado en un documento auténtico y que por tanto sin el correspondiente pronunciamiento de falsedad, esa narración subsiste y vale como auténtica, precisando para demostrar el error de derecho que invoque la norma valorativa de prueba que se considere vulnerada, y para el de hecho -



de la cita concreta del documento o acto auténtico que, sin complejidades de juicio y de razonamientos patentice la pretendida equivocación de hecho sufrida por el - juzgador a quo, mediante una incompatibilidad o antagonismo entre el hecho probado y el auténtico.

CDO: Que declarada la nulidad de matrimonio civil - por ser bautizados los contrayentes y no constar su apostasia por lo que debieron haber contraído el canónico -- se interpone el presente recurso que, en su motivo primero, amparado en el núm. 7º del art. 1692 de la L.E. Civ. denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba - porque, consignándose en el acta matrimonial que se ha - formado expediente donde consten todas las diligencias - preliminares y los documentos que la Ley exige, tal de-- claración lleva consigo la de que se cumpliesen los re-- quisitos legales para contraer matrimonio civil, pero al razonar así no se tiene en cuenta que el precepto legal exige que el hecho auténtico está narrado con claridad - y que el mismo esté en contradicción evidente con el --- probado, por lo que no apareciendo consignada en el acta matrimonial la acatolicidad de los contrayentes no exis- te el hecho auténtico indispensable para la estimación - de este motivo y como además, tal acta, por ser la analizada por el juzgador, carece de autenticidad a efectos - de casación, todo ello le hace perecer, desestimación -- que lleva consigo la del segundo porque, al basarse en - el hecho de estar cumplidos todos los requisitos matrimoniales, hace supuesto de la cuestión.

CDO: Que en el motivo tercero se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de la - certificación de la sentencia dictada en proceso criminal en la que, al condenarse al actor y recurrido por delito de bigamia se supone la validez del vínculo discutido y la jurisdicción civil no puede declarar lo contrario, -- pero en la declaración de hechos probados que contiene - dicha sentencia penal se parte de que el matrimonio civil mientras no se anule, es válido, por lo que si, durante - su vigencia, se vuelve a casar, se somete al delito de -- bigamia por lo que si al no declarar el documento citado lo que este motivo expresa, faltando así el hecho auténtico, no hay posibilidad de apreciar el error denunciado lo que obliga a su desestimación, y ésta lleva consigo - la del motivo cuarto subordinado al anterior, y en el que se citan, para acreditar el error de derecho que denuncia los arts. 1249 y 1253 del C. Civ., que no son valorativos de prueba, por lo que se impone la desestimación del re-- curso con los pronunciamientos del art. 1748 de la Ley -- procesal".

.. Preceptos legales citados:

. Artículo 1249 del Código Civil

"Las presunciones no son admisibles sino cuando - el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado".

. Artículo 1253 del Código Civil

"Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano".

. Artículo 1748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

"En las sentencias en que se declare no haber lugar al recurso, se condenará al recurrente al pago de todas las costas y a la pérdida del depósito, si se hu**u**biere constituido, mandando darle la aplicación señalada por la ley".

-----

Si en la sentencia anterior el T.S. se inclinaba por el empleo del término "apostasía", también en esta lo utiliza. Separamos ambas sentencias en distintos -- epígrafes, en razón de que en la anterior sentencia se hablaba de "declaración de apostasía" y en esta simplemente de "apostasía". La diferencia es más importante de lo que podría parecer a primera vista. Si se sustituye "no profesar" por "apostasía" nada menos avanzado, nos encontramos ante un nuevo término sin contenido en el ordenamiento español. Si hablamos de "declaración" -- si estamos concretando exigimos una actividad del sujeto.

Se abre el segundo considerando de esta sentencia con la siguiente afirmación: "...por ser bautizados los

contrayentes y no constar su apostasia... debieron haber contraído [matrimonio] canónico...". Queda recogida aquí con toda claridad el principio de que para que los bautizados puedan acceder al matrimonio civil debe constar su apostasia.

Nada se aclara acerca de como debe constar, es -- bien cierto que el T.S. se hubiera inclinado con mucha -- probabilidad --estamos en el año en el que se promulga -- la Ley de libertad religiosa-- a favor de considerar suficiente la simple declaración.

En este mismo considerando se habla de acatolicidad, sin embargo pensamos, que dado en el contexto en que se emplea-- no se está discutiendo las condiciones necesarias para contraer matrimonio civil, sino la posible existencia de un error de hecho-- no cabe decir -- que el T.S. identifique aquí --a diferencia de en sentencias analizadas más arriba --el término "profesar",-- con el término "católico". Para poder contraer matrimonio civil, un bautizado, en 1967, debe constar su -- apostasía.

h - Validez de matrimonio civil celebrado en el extranjero entre católico y miembro de otra religión.

-Sentencia de 12 de junio de 1969.  
.....

..Sala: segunda o de lo civil.

.. Recurso: de casación por infracción de ley.

.. Magistrado ponente: Baltasar RULL VILLAR

.. Hechos:

"Doña Valentina R.A. dedujo ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 13 de los de Madrid, demanda contra don Pablo M. de la P. sobre reclamación de cantidad y otros extremos.

La actora alegó que había contraído matrimonio con don José Felix V.C. que de dicho matrimonio nació doña Esther V.R. que era de creencias evangélicas y había - contraído matrimonio en Venezuela: que de dicho matrimonio, nació un hijo: que el padre de doña Esther V ha**ba** fallecido en 1959, que durante los años 1958 a 1961 el matrimonio M.V. había remitido diversas cantidades - que totalizaban más de 3.000.000 de pesetas para su inversión en España: que entre las inversiones hechas, algunas se hicieron a nombre sólo del demandado, pero de las mismas daba cuenta a sus hermanos, que en 1961, fallecieron en accidente de aviación el matrimonio M.V.,- y su único hijo. Terminó suplicando se dictase sentencia condenando al demandado: A) A entregar a la actora la cantidad de 359.860 pesetas, que don Luis Asunción - M. de la P. le había remitido para ser entregadas a la misma como madre de su mujer: B) A rendir cuenta detallada y justificada de las restantes cantidades que había - recibido el demandado hasta una cuantía superior a 3.000.00

de pesetas del citado señor M. de la P. durante su matrimonio con doña Esther V.: C) Que el demandado hiciera entrega a la actora de la mitad de los bienes de la extinguida sociedad de gananciales del matrimonio M.V., radicantes en España y que corresponden a la actora como única heredera de su fallecida hija, doña Esther; - D) Al pago de las costas.

El demandado se opuso alegando las excepciones de falta de legitimación activa y falta de acción en la actora por estimar que el matrimonio era ineficaz en España por ser doña Esther de creencias evangélicas y el hermano del demandado era de la religión católica - en cuanto al fondo mantuvo que las remesas de dinero - eran puras y simples y no sujetas a condición alguna.

El Juez de 1ª Instancia dictó sentencia desestimando las excepciones alegadas y estimando en lo sustancial la demanda, sin expresa imposición de costas. Apelada la sentencia la Audiencia la confirmó, sin especial condena en costas.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos de la sentencia.

El T.S. declaró no haber lugar al recurso interpuesto".

" "CONSIDERANDO: Que el C. Civ., en sus arts. 1278,- 1256 y 1258 parte del principio de la eficacia de los - contratos y si bien es cierto que cuando adolezcan de - alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a - la ley pueden ser anulados como reconocen los arts. --- 1300 y siguientes, y específicamente para los matrimo-- nios el 130 es preciso que esta nulidad se declare por- los Tribunales porque como queda dicho, su validez y -- eficacia no puede dejarse al arbitrio de uno de los --- contratantes, y porque el propio Código establece las - normas procedentes sobre legitimación y regula los efec- tos de la acción que puede ejercitarse; y en el caso -- de autos ha de partirse de la realidad de un contrato - matrimonial cuya posibilidad se reconoce por el art. 42 del citado cuerpo legal y se prueba con la partida del Reg. Civ. como exigen los arts. de la Ley que lo regula y 325 del C. Civ. por todo lo cual ha de desestimarse - el motivo primero del recurso y por las mismas razones los motivos segundo, tercero y cuarto todos los cuales tienden a negar eficacia al matrimonio de Luis Asunción M.P. con Esther V.R. sin haber obtenido una previa declara- ción judicial de nulidad en el correspondiente proce- so, ni intentarlo en el presente por la via reconvencio- nal.

CDO: Que el motivo quinto razona sobre un supuesto erróneo puesto que la sentencia recurrida, tanto por -- aceptación de los considerandos de la de primer grado - como por expresa reiteración en su considerando tercero

establece la conclusión que se combate, como resultado del conjunto de la prueba de la que aparece que el destino de las cantidades remitidas por don Luis Asunción M: era el de formar un patrimonio en España para cuando el matrimonio y su hijo decidieran regresar definitivamente a la patria, y si bien es cierto que añade - que no es concebible que las considerables cantidades cuyo envío está probado, tuvieran el destino que pretende el recurrente, que es un modo de expresar que no se ha probado la tesis defendida por dicho recurrente y no porque constituya una presunción básica que en todo caso sería siempre más lógica que la que opone el recurrente.

CDO: Finalmente, que si, como declara la sentencia recurrida y se razona en el considerando anterior, las cantidades que le fueron remitidas al demandado recurrente, lo fueron por cuenta y encargo de su hermano con la finalidad indicada y que en tal concepto las recibió -- aquél, es evidente la existencia de un mandato conforme a lo dispuesto en el art. 1709 del C. Civ., que puede -- ser expreso o tácito y otorgarse válidamente con cualquier forma, incluso de palabra (art. 1719) por lo que no procede tampoco estimar el motivo sexto y último pues la garantía formal del art. 1280 núm. 5 no afecta a la validez del mandato ni es requisito esencial como los -- otros preceptos citados demuestran".



.. Preceptos legales citados:

. Artículo 325 del Código Civil:

"Los actos concernientes al estado civil de las --  
personas se harán constar en el Registro destinado a --  
este efecto".

. Artículo 1256 Código Civil

"La validez y el cumplimiento de los contratos no  
pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

. Artículo 1258 del Código Civil.

"Los contratos se perfeccionan por el mero consen-  
timiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumpli-  
miento de lo expresamente pactado, sino también a todas  
las consecuencias que, según su naturaleza sean confor-  
mes a la buena fe, al uso y a la ley".

. Artículo 1278 del Código Civil

"Los contratos serán obligatorios, cualquiera que  
sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en  
ellos concurren las condiciones esenciales para su va-  
lidez".

. Artículo 1300 del Código Civil:

"Los contratos en que concurren los requisitos que

expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley".

. Artículo 1709 del Código Civil:

"Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra".

. Artículo 1710 del Código Civil

"El mandato puede ser expreso o tácito.

El expreso puede darse por instrumento público o privado y aún de palabra.

La aceptación puede ser también expresa o tácita deducida esta última de los actos del madatario".

. Artículo 69 de la Ley del Registro Civil

"La inscripción hace fe del acto del matrimonio y de la fecha, hora y lugar en que se contrae".

-----

Una vez más nos encontramos con la pretensión de obtener una declaración de nulidad de un matrimonio civil, con el fin exclusivo de obtener unos beneficios económicos.

La demanda que da origen a esta sentencia del Tribunal Supremo, nada tiene que ver, en principio, con la posible validez del matrimonio; es el demandado quien introduce este aspecto en el proceso para evitar una -- sentencia desfavorable a sus intereses.

De la exposición de los hechos y del tenor de la -- sentencia, puede deducirse que nos encontramos ante un matrimonio civil, (tal vez podría pensarse que nos encontramos ante un matrimonio canónico, cuya declaración de nulidad se solicita en virtud de la violación del canon 1060 del Codex Iuris Canonici, tal impresión sería falsa por: 1º El impedimento de mixta religión es impediente, no dirimente: 2º El Tribunal Supremo hubiese invocado -- el artículo 75 del Código Civil. y 3º El sistema matrimonial Venezolano es de matrimonio civil obligatorio -- (492)). El demandado pretende, con toda probabilidad, lo grar la nulidad del matrimonio civil apoyándose en el -- hecho de que lo ha contraído alguien que "era de la religión católica"; es evidente que la contrayente no incurra en violación del artículo 42 del C.c., ya que toda su vida perteneció a una religión distinta de la católica. El T.S. no entra claramente en el tema por razo nes procesales obvias: "...sin haber obtenido una previa declaración judicial de nulidad en el correspondiente -- proceso, ni intentarlo en el presente por la vía recon vencional". Pero sin que el T.S. resuelva la cuestión -- si realiza alguna afirmación que nos permita intuir su forma de pensar al respecto.

En el primer considerando de la presente sentencia afirma el T.S.: "... en el caso de autos ha de partirse de la realidad de un contrato matrimonial cuya posibilidad se reconoce por el artículo 42 del citado cuerpo legal..." Es decir, el T.S. admite que, incluso con anterioridad al año 1959, un católico puede contraer matrimonio civil, porque así lo admite el Código Civil en su artículo 42. Volvemos una vez más a nuestra idea tantas veces repetida: si un precepto legal con rango de Ley, - el Código Civil en su artículo 42, permite que un católico contraiga matrimonio civil, una disposición administrativa que se oponga a tal posibilidad será nula de -- pleno derecho, así por ejemplo, la Orden de 1941.

Así pues el T.S., aún sin entrar en la definición del término "profesar..." descarta las interpretaciones más restrictivas de dicho término.

#### C - Conclusiones

La lista de sentencias analizadas es lo suficientemente corta como para dificultar un comentario más amplio que el ya realizado, No obstante trataremos de obtener -- unas conclusiones esquemáticas, que poco aportarán a las que se pretendieron obtener al realizar su análisis detallado.

Construiremos, a continuación, una tabla en la que figuran los siguientes datos: 1- Fecha de la sentencia 2- Motivo que suscite la controversia (solo señalaremos este extremo si es a) Un matrimonio contraído al amparo de la legislación republicana (493) b) Si existe un elemento extranjero (494) y 3-La conclusión más significativa para nuestro estudio- que puede extraerse del tenor de la sentencia. 4- La normativa legal pretendidamente vigente en el momento de dictarse la sentencia.

---

(493) Se indicara R.

(494) Se indicara E.

<u>Fecha</u>	<u>Motivo</u>	<u>Conclusión</u>	<u>Normativa vigente</u>
25-V-53	R	Validez legislación republicana	O.M. 10-III-41
25-I-56	R	Validez legislación republicana	Concordato de - 1953
26-I-56	R	Validez legislación republicana y profesión = de claración.	Concordato de - 1953
7-III-56	R	Matrimonio nulo por L. 12-III-38	Concordato de - 1953
16-V-59	R	Validez legislación republicana	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58
21-X-59	-	Profesión = bautismo	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58
12-XI-59	-	Profesión = práctica	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58
16-XII-60	R	Profesión ≠ bautismo	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58
16-II-61	R	El sistema matrimonial es modificable por O.M.	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58
12-XII-61	-	Profesión = práctica.	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58
21-XII-63	-	Profesión = ser católico	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58

<u>fecha</u>	<u>Motivo</u>	<u>Conclusión</u>	<u>Normativa vigente</u>
12-XI-64	E	Menciona sin analizar el término "profesar"	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58
5-VII-65	E	Menciona sin analizar el término "profesar"	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58
16-III-67	-	Profesión = bautismo	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58
15-IV-67	E	No profesión = apostasia	D. 26-X-56 y L. 24-IV-58
12-VI-69	E	Un católico puede contraer matrimonio civil.	L. 28-VI-67 y D. 22-V-69
20-IV-74	E	No profesión = declaración apostasia	L. 28-VI-67 y D. 22-V-69
4-X-74	E	Profesión = ser católico	L. 28-VI-67 y D. 22-V-69
II-III-75	E	Profesión = práctica	L. 28-VI-67 y D. 22-V-69.

De esta ordenación cronológica una primera idea llama nuestra atención: la primera década de actividad jurisprudencial está monopolizada por pleitos surgidos en matrimonios contraídos al amparo de la legislación Republicana. Y desde entonces la práctica totalidad - de la actividad calificadora del sistema matrimonial, por parte del T.S., es consecuencia de la introducción de un elemento extranjero. Solo cinco sentencias quedarían al margen de esta clasificación (21-X-59, 12-XI-59, 12-XII-61, 21-XII-63 y 16-III-67).

La misión de la estadística es describir líneas - generales - conclusiones - a partir de datos concretos. Trataremos de hacer lo contrario, con grave riesgo de cometer errores. Si los pléitos sobre matrimonios civiles solo se plantean cuando existe un elemento extranjero, o cuando la aplicación de la legislación republicana es cuestionada, ello permite suponer que el número de matrimonios civiles contraídos por nacionales, en territorio nacional, desde 1938 es mínimo. Y ello solo puede ser debido -el nacional cuando se le permite contraer matrimonio civil (República y extranjero) lo contrae en numerosas ocasiones- a dificultades ora legislativas y administrativa, ora meramente sociales. En España,, desde 1938, se ha dificultado notabilísimamente la posibilidad de acceder al matrimonio civil (495)

Sólo en tres sentencias admite el T.S. la competencia



cia calificadora del sistema matrimonial de la Administración Pública(21-X-59, 16-II-61 y 16-III-67).

El conjunto de Jurisprudencia relativa a matrimonios civiles contraidos al amparo de la legislación republicana, se inclina por la validez de tales matrimonios (25-V-53, 25-I-56, 26-I-56, 16-V-59, 16-XIII-60 y 16-II-61), con una sola excepción por aplicación de la Ley de 12 de marzo de 1938 (7-III-56). Con respecto a la retroactividad o irretroactividad de la legislación matrimonial el T.S. se muestra vacilante, si bien en su primera etapa el T.S. se decanta -no con absoluta claridad- por la irretroactividad.

La violación del artículo 42 del C.c. como causa de nulidad del matrimonio, recibe tratamientos dispares por parte del T.S. No obstante, aparece claro que la generalidad de las sentencias relativas a matrimonios contraidos al amparo de la legislación republicana, se inclinan por considerar que la violación del 42 C.c. no es causa de nulidad. Tal vez el T.S. lo que pretende es declarar la validez de tales matrimonios, pero sin inclinarse por la solución más sencilla, que sería considerar derogado el 42 C.c. durante la II República.

La validez -legalidad- de la Orden Ministerial de 1941 es un tema que flota sobre un amplio número de sentencias. Sólo una sentencia declara con claridad su no vinculación -del T.S.- a tal Orden (11-III-75); sin em-

bargo, de la generalidad de las sentencias en las que tal tema se plantea directa o indirectamente, puede deducirse que el T.S. se manifiesta contrario a su aplicación, con dos excepciones (21-X-59 y 16-III-67), en las cuales el magistrado ponente es la misma persona.

La posible influencia de las disposiciones legislativas o administrativas, calificadoras del sistema matrimonial es un tema que merece nuestra atención. Es un tema directamente relacionado con la retroactividad o irretroactividad de la legislación matrimonial, pero no volveremos sobre ese tema solo nos referimos a la posible influencia de la norma vigente en el momento de dictarse la sentencia. Independientemente de la posición que se adopte acerca de la retroactividad de la legislación matrimonial, estimamos que tal análisis merece ser realizado. No trataremos de realizar un estudio exhaustivo -el análisis pormenorizado ya fué realizado (496)- sólo prestaremos nuestra atención a aquellas normas que la doctrina consideró especialmente importantes, más en concreto: la Orden de 10-III-41, el Concordato de 27-VIII-53, el Decreto de 26-X-56, La L. de 28-VI-67 y el D. 22-V-69.

La Orden de 1941 pretende ser vigente desde su promulgación hasta el 26-X-56; en ese periodo sólo hemos recogido sentencias relativas a matrimonios contraídas al

---

(496) Vid. supra. II - B - a-1 y II - B - a-3

amparo de la legislación republicana; la influencia de tal norma en dichas sentencias es mínima, pues se consideran válidas una serie de matrimonios civiles contraidos por bautizados.

El Decreto del 56 tampoco influye decisivamente en el T.S.; durante su vigencia el T.S. adopta los criterios más dispares. En el periodo de vigencia de la primera disposición "progresista", el T.S. dicta sus dos sentencias más restrictivas (21-X-59 y 16-III-67).

Es obvio decir que si el Decreto del 56 tiene escasa incidencia en el T.S., el Concordato -pretendido origen de tal Decreto- tampoco tuvo mucha.

Sin embargo si parece que, tanto la Ley de Libertad Religiosa, como el Decreto del 69, han tenido una cierta influencia en nuestro mas alto Tribunal; durante su vigencia el T.S. dicta sentencias en las que considera que un católico puede contraer matrimonio civil (12-VI-69), en las que estima suficiente la declaración de apostasía para poder acceder al matrimonio civil (20-IV-74); o en las que identifica el término "profesar...", con el hecho de practicar el catolicismo (11-III-75); -incluso en una de ellas (11-III-75) se menciona a la Ley 44/67 como elemento "liberalizador" del sistema matrimonial.

De ello se puede deducir que el T.S. solo se ha --

visto influido por una norma liberalizadora -el Decreto del 69, en este punto, no es otra cosa que el desarrollo de la Ley de Libertad Religiosa- y con el rango de Ley.

Para concluir tratemos de señalar -muy esquemáticamente- el sentido que al término "profesar..." a dado -- el T.S.

En dos sentencias el T.S. menciona el término "profesar..." pero sin aclarar su contenido (12-XI-64 y 5---VII-65).

En tres sentencias el T.S. identifica el término - "profesar...", con otro concepto distinto, pero igualmente inconcreto: en dos ocasiones lo identifica con -- ser católico (21-XII-63 y 4-X-74); y en otra lo identifica con no ser apostata -sin entrar en considerar su -- alcance, del que carece el sistema normativo español -- (15-IV-67).

En una ocasión (12-VI-69), admite la posibilidad - de que un católico contraiga matrimonio civil.

La simple declaración de apostasia como requisito - para acceder al matrimonio civil aparece claramente enunciada en una ocasión (20-IV-74), y con menor claridad -- en cuatro oportunidades (25-V-53, 25-I-56, 26-I-56 y 16-V-59).

La práctica del catolicismo como elemento de sepa-

ración entre aquellos que pueden contraer matrimonio civil y los que carecen de tal posibilidad, es aceptada -- en tres sentencias (12-XI-59, 12-XII-61 y 11-III-75).

Se considera, directamente, a la administración como competente para determinar el contenido del término -- "profesar..." en una ocasión (16-II-61).

Son dos los casos en los que se considera que el -- bautizado viene obligado a contraer matrimonio canónico (21-X-59 y 16-III-67). Si bien en una ocasión (16-XII-60), el T.S. declara específicamente que no son identificables ambos supuestos.

Si atendemos únicamente a aquellas sentencias en -- las que el T.S. dota de contenido al término profesar -- --y no se limita a sustituirlo por otro igualmente incon-- creto-, y establecemos una clasificación en función de -- la mayor facilidad o dificultad para acceder al matrimo-- nio civil podremos establecer la siguiente tabla.

a- Sentencias restrictivas (en las que se dificulta el -- acceso al matrimonio civil) (se identifica profesión -- con bautismo).

- S.T.S.      21-X-59

- S.T.S.      16-III-67

b- Sentencias intermedias inconcretas (no se adopta una

postura clara, pero se excluye las soluciones más restrictivas).

- S.T.S. 16-XII-60

- S.T.S. 12-VI-69

c- Sentencias intermedias (se identifica profesión con práctica).

- S.T.S. 12-XI-59

- S.T.S. 12-XII-61

- S.T.S. 11-III-75

d- Sentencias "progresivas" (se identifica no profesión, con declaración de no profesión).

a- Implícitamente

S.T.S. 25-V-53

S.T.S. 25-I-56

S.T.S. 26-I-56

S.T.S. 16-V-59

b- Explícitamente.

S.T.S. 20-IV-74

Tal vez se pueda afirmar, a la luz de estos datos -- que el T.S. se ha considerado competente para calificar el sistema matrimonial en cada caso. Como apuntábamos -- más arriba (497) el legislador ha querido dejar un amplio

---

(497)Vid. Supra: III-d.

margen de maniobra al poder judicial, para que pudiera adoptarse a las circunstancias cambiantes. El hecho de la escasa influencia de las disposiciones legislativas o administrativas en el sentir del T.S.; la inexistencia de una línea evolutiva -en el tiempo- clara del -- T.S., con continuos, pasos adelante y atrás; la práctica exclusión de las soluciones extremas; permiten llegar a tal conclusión.

El T.S. se ha sentido libre para interpretar y ha interpretado libremente, el T.S. ha adoptado sus soluciones a cada caso concreto.

Tal vez esto sirva para concluir: ni "mens legis", ni "mens legislatoris"; el sentir del ordenamiento, es lo que ha buscado nuestro Tribunal Supremo.

V - CONCLUSIONES GENERALES.



- Matrimonio es -desde una perspectiva de "sistema matrimonial"- cualquier unión consensual de varón y mujer que reciba el nombre de tál, de un ordenamiento jurídico estatal o confesional.

-Históricamente -en el ámbito jurídico en el que - nos desenvolvemos y, a partir, de la Edad Antigua- el - único matrimonio posible es el religioso (canónico).

-La aparición del matrimonio civil es debida al - surgimiento de una pretensión de secularización total y, a la necesidad de proteger la libertad religiosa. Francia y los Países Bajos son dos ejemplos claros al respecto.

-La diferenciación entre matrimonio canónico y matrimonio civil no se puede fundamentar en la mera forma.

-Sistema matrimonial es: "La plasmación, en el ordenamiento jurídico estatal, de la resultante de la acción diversa de dos fuerzas en tensión, reguladoras de una misma realidad social, siendo tales fuerzas el matrimonio religioso y el matrimonio civil, existiendo ambas, siendo tal realidad social el matrimonio, y siendo el ordenamiento estatal el que inclinaría decisivamente tal - resultante".

-Un cuadro, teórico, de los diversos sistemas matrimoniales, sería el siguiente:

- a - Sistemas matrimoniales unitarios.
  - a'- Sistemas de matrimonio religioso obligatorio.
  - b'- Sistemas de matrimonio civil obligatorio.
- b - Sistemas matrimoniales mixtos.
  - a'- Sistemas igualitarios.
  - b'- Sistemas discriminatorios.
    - a''- Sistemas de plena libertad para contraer matrimonio religioso y limitaciones para contraerlo civil
    - b''- Sistemas de plena libertad para contraer matrimonio civil y limitaciones para contraerlo religioso.
    - c''- Sistemas discriminatorios bilaterales.

-La generalidad de los sistemas matrimoniales vigentes se oponen, ora a la libertad religiosa, ora a la igualdad religiosa, ora ambas.

-El sistema matrimonial mas respetuoso con el Derecho Fundamental a la libertad religiosa, sería aquél en que el ordenamiento estatal reconociese el carácter de matrimonio y la competencia de regular su contenido, a cualquier unión y confesión con la única limitación de la no violación del orden público, entendiendo por orden público el conjunto de condiciones mínimas que permiten la existencia de una sociedad dada. La función del matrimonio civil sería meramente la subsidiaria.

-En el ámbito jurídico-cultural en el que está inmer

sa España se dan, en la práctica, todos los sistemas matrimoniales.

-El sistema, de derecho positivo, en apariencia, -- mas respetuoso con la libertad religiosa es el de los Estados Unidos de América. Es el sistema italiano el que, en el fondo, se encuentra mas próximo de posturas de pleno respeto a la libertad religiosa.

-En Derecho comparado, el concepto sistema matrimonial es concepto menos polémico que en el ordenamiento español.

-Con la excepción de SANCHEZ ROMAN, la generalidad de la doctrina estima que el sistema matrimonial vigente en España hasta el siglo XIX es el de matrimonio canónico obligatorio.

-Es lugar común el considerar la Real Cédula de 12 de julio de 1564 como un momento legislativo clave. Sin dudar de la primerísima importancia de tal disposición en la historia legislativa matrimonial, pueden señalarse ejemplos anteriores de recepción del ordenamiento canónico para la regulación del matrimonio.

-La Ley de 18 de junio de 1870 crea una figura jurídica que seria perpetua, a partir de entonces, en nuestro ordenamiento: el matrimonio civil.

-En la definición que aquí se ha dado, el concepto "sistema matrimonial" adquiere pleno sentido en nuestro ordenamiento en el período 1870-1875.

-El proceso codificador, en el aspecto relativo a la regulación jurídica del matrimonio, recibe plenamente el cambio que supone la Ley de 1870. Los proyectos anteriores a tal Ley no recogen la figura del matrimonio civil, los posteriores sí.

-El artículo 42 del Código civil establece un sistema matrimonial mixto. Articulándose tal sistema en torno a una expresión con contenido difícilmente precisable: "profesar la religión católica".

-Inmediatamente después de la promulgación del Código civil aparece la necesidad de dotar de contenido a una expresión que carece, en sí misma de él: "profesar la religión católica".

Las primera interpretaciones del artículo 42 del Código civil, son un claro reflejo de la filosofía política en lo que se refiere al matrimonio, de los partidos políticos en el poder.

-En el lapso de tiempo transcurrido desde la promulgación del Código civil hasta el 14 de abril de 1931, hay dos interpretaciones diversas del término "profesar la religión católica". En algunos casos se exige una decla-

ración de no profesión, para poder acceder al matrimonio civil; en otras ocasiones se estima como prueba suficiente de la no profesión al hecho de acudir a contraer matrimonio civil.

-La Segunda República Española, tras algunas vacilaciones iniciales (mas técnicas que filosóficas), establece un sistema de matrimonio civil obligatorio.

-El eje del sistema matrimonial español deja de ser el artículo 42 del Código civil (que es derogado), y lo pasa a ser la Ley de 28 de junio de 1932.

-El Régimen político surgido el 18 de julio de 1936 incurre en similares precipitaciones y vacilaciones técnicas, que en las que había incurrido su antecesor.

-Tras las iniciales vacilaciones, el sistema matrimonial adquiere su plena conformación con la Orden Ministerial de 10 de marzo de 1941; vigente, "de facto", durante tres lustros.

-Tras un periodo claramente restrictivo de la posibilidad de acceso al matrimonio civil, iniciado con la Orden de 1941, a mediados de la década de los cincuenta -sin que sea posible precisar una fecha exacta- se inicia una nueva etapa en la que las barreras para acceder al matrimonio civil se irán derribando progresivamente.

-Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado tienen una singular importancia en la configuración de la reciente historia del sistema matrimonial español.

-La Dirección General interpreta, generalmente, las disposiciones administrativas y legislativas de una forma flexible: sea facilitando la posibilidad de una anulación matrimonial, sea posibilitando el acceso al matrimonio civil a aquéllos que, en una interpretación restrictiva de la normativa en vigor, tendrían vedada tal posibilidad.

-Las Resoluciones de la Dirección General colaboran en la inaplicación de los aspectos más restrictivos de la Orden de 1941.

-En la mayoría de los casos, la doctrina científica se ha limitado a explicitar el contenido de las disposiciones legislativas y administrativas en vigor en cada momento.

-La aparente evolución doctrinal es, en ocasiones, el mero reflejo de la evolución administrativa.

-La misión de interpretación de las disposiciones legales corresponde, en nuestro sistema jurídico, a los Tribunales.

-La misión de unificar las diversas interpretaciones

de los Tribunales corresponde a la Jurisprudencia del --  
Tribunal Supremo.

-La vía procesal para lograr tal unificación es el  
recurso de casación por infracción de doctrina legal.

-La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ni es  
fuente del Derecho, ni es la doctrina legal, es pieza -  
clave en la aplicación del Derecho y en la recepción en  
el ordenamiento y configuración de la doctrinal legal.

-Cualquier intento de sustitución de las misiones -  
encomendadas en exclusiva a la Jurisprudencia, no será -  
una sustitución, sino una usurpación y, por tanto, ilegal.

-El Tribunal Supremo en su misión interpretadora,-  
tiene dos límites a su plena libertad: la disposición -  
legal y la moral vigente.

-El legislador, al modificar el artículo 42 del Có-  
digo civil, en 1958, manteniendo la expresión "profesar  
la religión católica", probablemente quiere dejar en ma-  
nos del Tribunal Supremo la fijación del grado de subsi-  
diariedad del sistema matrimonial español.

-La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, directamen-  
te relacionada con cuestiones matrimoniales, en el perío-  
do objeto de nuestro estudio, es abundante.

-El origen de la gran mayoría de decisiones judiciales de nuestro más alto Tribunal en materia matrimonial, es la conexión de dos regulaciones jurídicas distintas - con el supuestos de hecho.

-Tres son los enfrentamientos de regulaciones matrimoniales que impulsan al Tribunal Supremo a actuar en materia matrimonial:

1- Normativa en vigor al dictar la Sentencia versus normativa de la Segunda República en materia matrimonial.

2- Normativa matrimonial del ordenamiento español - versus normativa matrimonial canónica.

3- Legislación española versus legislación de un -- Estado extranjero.

-La jurisprudencia relativa a la calificación del - sistema matrimonial español es escasa: diecinueve sentencias aluden a tal cuestión, sea directa sea indirectamente.

-La actividad calificadora del sistema matrimonial español tiene como origen: 1- Hasta 1960, la legislación republicana y 2- La introducción de un elemento extran--jero, en las dos últimas décadas.

-No existe una evolución lineal de la jurisprudencia sobre la materia: las dos sentencias más restrictivas, en cuanto a la posibilidad de acceso al matrimonio



civil, tienen una separación de ocho años, y la última de ellas es reciente.

-La normativa en vigor, al dictar la sentencia, tiene escasa influencia en la configuración de la misma.

-El Tribunal Supremo ha interpretado el término -- "profesar la religión católica" de formas distintas. -- El Tribunal Supremo se ha sentido libre para fijar el - grado de subsidiariedad del sistema matrimonial español.

B I B L I O G R A F I A

- Sara ACUÑA

La forma del matrimonio hasta el Decreto "Ne Temere".

"Ius Canonicum", Vol. XIII, nº 25, enero-junio 1973,-  
pág. 137-190.

- M. AGUILAR NAVARRO

Derecho Civil Internacional

Volumen II. Derecho de Familia, Derecho Patrimonial y

Derecho Sucesorio

Madrid, 1973

- M. AGUILAR NAVARRO

Derecho Civil Internacional

Volumen II de Derecho Internacional Privado, 4ª edición

Madrid, 1975

- Antonio AGUNDEZ FERNANDEZ

Contribución al estudio de los matrimonios civiles de  
católicos

"Revista General de Derecho", Año XII, número 144, Sep-  
tiembre 1956, págs. 666-681

- Manuel ALBADALEJO

Manual de Derecho de Familia y Sucesiones

Barcelona, 1974

- Manuel ALBADALEJO

Derecho Civil

I. Introducción y Parte General. Volumen primero. In-  
troducción y Derecho de la persona, Tercera edición.

Barcelona, 1975

- Rafael ALVAREZ VIGARAY

Las mutuas influencias entre la legislación y la  
jurisprudencia

"Libro-Homenaje a Ramón M<sup>a</sup> Roca Sastre", Volumen I,  
Madrid, 1976, págs. 825-841.

- Pedro ARAGONESES ALONSO

Prueba de la acatolicidad a los efectos de lo dispues-  
to en el artículo 1º de la Orden de 10 de marzo de 1941  
"Revista de Derecho Procesal", abril-mayo-junio 1951,-  
año VII, núm. 2, págs. 339-341

- Luis ARECHEDERRA

Formas y clases de matrimonio en el Derecho español.  
(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27  
de mayo de 1967)

"Anuario de Derecho Civil", Tomo XXV, Fascículo IV, oc-  
tubre-diciembre MCMLXXII, págs. 1223-1244.

-Luis Ignacio ARECHEDERRA ARANZADI

El sistema matrimonial español y la jurisprudencia del  
Tribunal Supremo.

"Anuario de Derecho Civil", Tomo XXIX, Fascículo III,-  
julio-septiembre MCMLXXVI, págs. 941-965.

- Luciano BARCIA-MARTIN

Problemática del artículo 42 C.C. en relación con el  
derecho Natu<sup>l</sup> de libertad civil en materia religiosa

Extracto de Tesis Doctoral

Santiago de Compostela, 1974.

- Luciano BARCIA MARTIN

Matrimonio y libertad civil en materia religiosa. Problemática del artículo 42 C.C. en relación con el derecho natural de libertad civil en materia religiosa.

Santiago de Compostela, 1976,

- A. BERNARDEZ CANTON

Legislación Eclesiástica del Estado.(1938-1964).

Madrid, 1965.

- Francisco SONET RAMON

Compendio de Derecho Civil

Tomo IV. Derecho de Familia

Madrid, 1960.

- Salvador CARRION OLMOS

Historia y futuro del matrimonio civil en España.

Madrid, 1977.

- José CASTAN TOBEÑAS

Derecho Civil Español, Común y Foral.

- Tomo primero. Introducción y Parte General. Volumen primero. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica, undécima edición

Madrid, 1975.

- Tomo Quinto, Derecho de Familia. Volumen primero, -

Relaciones conyugales, novena edición.

Madrid., 1976.

- CATEDRATICOS DE DERECHO CANONICO DE UNIVERSIDADES ES-PAÑOLAS.

Derecho Canónico

II

Pamplona, 1974.

- CATEDRATICOS DE DERECHO CANONICO DE UNIVERSIDADES ES-PAÑOLAS.

Derecho Canónico.

Segunda edición

Pamplona, 1975

- Federico DE CASTRO Y BRAVO

Derecho Civil de España

Parte General. Tomo I. Libro preliminar. Introducción al Derecho Civil, Tercera edición.

Madrid, 1955.

- Federico DE CASTRO Y BRAVO

Compendio de Derecho Civil, Introducción y Derecho de la Persona.

Quinta edición.

Madrid, 1970.

- Amadeo DE FUENMAYOR

El matrimonio y el Concordato español.

"Ius Canonicum", Vol. III, Fascículo I-II, enero-diciembre 1963, págs, 251-418

- Amadeo DE FUENMAYOR

El matrimonio como contrato civil

"Revista General de Legislación y Jurisprudencia", -  
Año CXXV, Febrero 1976, núm. 2, segunda época, Tomo  
LXXII (240 de la colección) págs. 93-110.

- Amadeo DE FUENMAYOR CHAMPIN

El sistema matrimonial español. (Comentario al artículo  
42 del Código Civil)

Madrid, 1959.

- Alberto DE LA HERA

Pluralismo y libertad religiosa

Sevilla, 1971

- Alberto DE LA HERA

Matrimonio civil y revisión del Concordado. (Cuestiones  
en torno al artículo 42 del Código civil).

"Anuario de Derecho Civil", Tomo XXVIII, Fascículo -  
III, julio-septiembre MCMLXXV, págs. 639-682.

- Carlos DE LA VEGA BENAYAS

La doctrina de las fuentes del Derecho y el nuevo título  
preliminar del Código civil (Arts. 1º y 2º)

"Libro-Homenaje a Ramón M<sup>a</sup> Roca Sastre", Volumen I, -  
Madrid, 1976, págs. 673-752.

- Vincenzo DEL GIUDICE

Nociones de Derecho Canónico

Traducción y notas de Pedro LOMBARDIA

Pamplona, 1964.

- Jesús DIEZ DEL CORRAL RIVAS

El matrimonio civil en España, hoy

"Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro", I, Madrid, 1976, págs. 539-565.

- Jesús DIEZ DEL CORRAL RIVAS

Nulidad de matrimonio civil celebrado en el extranjero por la condición de católico del contrayente español. (Notas a las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1974. 25 de septiembre de 1974 y 11 de marzo de 1975). "Anuario de Derecho Civil", Tomo XXIX, Fascículo III, julio-septiembre MCMLXXVI, págs. 915-940.

- Luis DIEZ-PICAZO

Estudios sobre la jurisprudencia civil

Volumen III, 2ª edición

Madrid, 1976.

- Alvaro D'ORS

Para una interpretación realista del art. 6 del Código civil español.

"Studi in onore di Emilio Betti", Volumen primo.

Milano, 1962, págs. 119-126.



- David E. ENGBAHL

The Canonical and metaphysical background of the classic dutch marriage conflicts rule

"Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht", -  
JRG. XV, 1968, SFL, 1, págs. 42-67.

- Fernando ESCUDERO ESCORZA

Matrimonio de acatólicos en España

Vitoria, 1964.

- Diego ESPIN

Manual de Derecho Civil Español

- Vol. I. Parte General, Tercera edición.

Madrid, 1968.

- Vol. IV. Familia, Tercera edición.

Madrid, 1972.

- Gabriel GARCIA CANTERO

El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español

Roma-Madrid, 1959.

- Alfonso GARCIA-GALLO

Manual de Historia del Derecho Español

I. El Origen y la evolución del Derecho, quinta edición.

Madrid., 1973.

- Florencio GARCIA GOYENA

Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español.

Zaragoza, 1974.

- Manuel GERPE GERPE

La potestad del Estado en el matrimonio de cristianos  
y la noción contrato-sacramento.

Salamanca, 1970.

- Ernest GLASSON

Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans  
les principales législations modernes de l'Europe.

Deuxième édition.

Paris, 1880

- Jerónimo GONZALEZ

Formas y ritos matrimoniales.

"Revista crítica de Derecho Inmobiliario", Tomo V, -  
Año 1929, págs. 593-609, 683-691, 809-826 y 913-928.

- Julio D. GONZALEZ CAMPOS

Materiales de práctica de Derecho Internacional Privado.  
(Parte II: Jurisprudencia)

Madrid, 1971

- Enrique GRAHIT FERRER

La indisolubilidad del matrimonio civil según los li-  
berales españoles

(Tesis doctoral de Derecho Canónico. Inédita)

Pamplona, 1976.

- Miguel HERNANDEZ ASCO

Problemas latentes en el sistema matrimonial español.

Valladolid, 1964.

- José Luis LACRUS BERDEJO y Francisco de Asís SANCHO RE-  
BULLIDA.

Derecho de Familia.

I, segunda edición

Barcelona, 1974.

- Enrique LALAGUNA

Jurisprudencia y fuentes del Derecho

Pamplona, 1969.

- Enrique LALAGUNA DOMINGUEZ

Estudios de Derecho Matrimonial

Madrid, 1962.

- Joseph LECLER

Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme

Tome second.

s.l., 1955.

- Pedro LOMBARDIA

La confesionalidad del Estado hoy

"Escritos de Derecho Canónico" I, Pamplona, 1973,

págs. 399-429.

- Pedro LOMBARDIA

Sobre el artículo 42 del Código civil

"Escritos de Derecho Canónico", Pamplona, 1973,  
págs. 145-149

- Mariano LOPEZ ALARCON

El matrimonio civil como subsidiario del canónico

"Revista General de Derecho", Año XI, número 132,  
septiembre 1955, págs. 594-603

- Mariano LOPEZ ALARCON

Consultas gubernativas en el matrimonio civil por causa de obstáculo legal de profesión de la religión católica. (Notas a la Resolución de la DGR de 27 de junio de 1972) "Anales de la Universidad de Murcia", Volumen XXX, Núm 1-2, Derecho, Curso 1971, págs. 157-172.

- Mariano LOPEZ ALARCON

Matrimonio civil y obstáculo legal de profesión de la religión católica. (Consultas, recursos gubernativos y procesos judiciales, según la resolución de la DGR de 27 de junio de 1972)

"Revista Española de Derecho Canónico", Vol. XXIX, Núm. 82, enero-abril 1973, págs, III-123.

- José Ma LOPEZ NIÑO

Los sistemas matrimoniales en el Derecho concordatario  
Madrid, 1971.

- José MALDONADO Y FERNANDEZ DEL TORCO

El Fuero de Coria

Estudio Histórico-Jurídico, por... Transcripción y fijación del texto: Emilio SAEZ.

Madrid, 1945.

- Lorenzo MARTIN-RETORTILLO

Libertad religiosa y orden público. (Un estudio de --  
Jurisprudencia)

Madrid, 1970.

- John McGRATH

Church and State in American Law: cases and materials

Milwaukee, 1962

- Eloy MONTERO GUTIERREZ

El nuevo Estado español y la institución matrimonial.

"Revista de la Facultad de Derecho de Madrid", 2, abril-septiembre 1940, págs 5-10.

- Luis MOUTON Y OCAMPO

Voz Código Civil

"Enciclopedia Jurídica Española". Tomo sexto, Barcelona, s.f., págs. 1-17.

- Rafael NAVARRO VALLS

Divorcio: orden público y matrimonio canónico. Eficacia  
en España de las sentencias extranjeras de divorcio.

Madrid, 1972.

- Rafael NAVARRO VALLS

Estudios de Derecho Matrimonial

Madrid, 1977.

- Tomas OGAYAR Y AYLLON

Las fuentes del Derecho en el novísimo título preliminar del Código civil.

"Libro-Homenaje a Ramón M<sup>a</sup> Rosa Sastre", Volumen I,  
Madrid, 1976, págs. 607-656.

- Pietro PALAZZINI

Voz Matrimonio Civile

"Enciclopedia Cattolica", VIII, Città del Vaticano,  
s.f., págs. 477-479.

- Gregorio PECES-BARBA

Derechos Fundamentales.

Segunda edición.

Madrid., 1976,

- Gregorio PECES-BARBA DEL BRIO

El matrimonio y el divorcio. Hijos legítimos e hijos naturales. Últimas disposiciones de la República.

Madrid, 1932.

- Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIROS

Los matrimonios civiles contraídos por católicos durante la vigencia de la Ley del Matrimonio civil de 28 de junio de 1932. Notas a la Sentencia del T.S. de

25 enero 1956.

"Anuario de Derecho Civil", Tomo X, Fascículo I, enero-marzo MCMLVII, págs. 253-263.

- Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIROS

El Anteproyecto del Código civil en 30 de abril de 1888

"Anuario de Derecho Civil", Tomo XIII, Fascículo IV, -  
Octubre-diciembre MCMLX, págs. 1171-1193.

- Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIROS

El Anteproyecto del Código civil español. (1882-1888)

Publicado con un estudio preliminar, notas y concordancias por...

Madrid., 1965.

- Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIROS

Matrimonio Civil contraído de mala fé por Católico mallorquin con norteamericana. (S.Z. noviembre 1965)

"Anuario de Derecho Civil", Tomo XIX, Fascículo IV, octubre-diciembre MCMLXVI, págs. 888-900.

- Jaime PEREZ-LLANTADA Y GUTIERREZ

La libertad religiosa en España y el Vaticano II

Madrid, 1974.

- Laureano PEREZ MIER

Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato

"Revista Española de Derecho Canónico", Vol. XIV, núm. 40

enero-abril 1959, págs. 131-214.

- Giorgio PEYROT

Riflessi della riforma del Diritto di Famiglia sulle  
celebrazioni nunziali.

"Il Diritto Ecclesiástico e Rassegna di Diritto Matri-  
moniale", gennaio-giugno 1976.

1-2, págs, 23-65.

- Luis PORTERO BANCHEZ

Jurisprudencia estatal en materia eclesiástica.

Madrid, 1968

- Juan POSTIUS Y SALA

El Código canónico aplicado a España en forma de ins-  
tituciones

Quinta edición

Madrid, 1926.

- Giuseppe PRADER

Il matrimonio nel mondo. Celebrazione. Nullità e  
scioglimento del vincolo

Padova, 1970.

- José PUIG BRUTAU

Fundamentos de Derecho Civil

Tomo IV. Volumen I. El matrimonio y el régimen matri-  
monial de bienes.

Barcelona, 1967.



- Federico PUIG PEÑA

Tratado de Derecho Civil Español.

Tomo II. Derecho de Familia. Vol. I. Teoría General  
del Matrimonio.

Madrid, 1953.

- Carlo REBUTTATI

Voz Matrimonio (Diritto Civile)

"Nuovo Digesto Italiano", VIII, Torino, 1939,  
págs, 244-312.

- Santi ROMANO

L'Ordinamento Giuridico

III Edizione

Firenze, 1977.

- M.A. ROMERO VIEITEZ

Las normas de Derecho Matrimonial promulgadas por el  
nuevo Estado español. (Notas para su estudio dogmáti-  
co)

"Revista de Derecho Privado", Tomo XXV, 1941, págs. -  
62-80 y 182-201

- Javier RUPEREZ

Estado confesional y libertad religiosa

Madrid, 1970

- Felipe SANCHEZ ROMAN

Estudios de Derecho Civil

Tomo quinto. Volumen 1º. Derecho de Familia,  
segunda edición  
Madrid, 1912.

- Agustín TOBALINA

El matrimonio canónico de los casados civilmente

"Revista Española de Derecho Canónico", I, enero-abril  
MCMLVI, págs. 51-66.

- Enrique UCELAY

El Decreto del Ministerio-Regencia sobre el matrimonio  
civil y el Partido Liberal Dinástico.

Madrid, 1881.

- VARIOS

La libertad religiosa. Analisis de la Declaración "Dignitatis Humanae"

Madrid, 1966.

- VARIOS

Il separatismo nella giurisprudenza degli Stati Uniti

Milano, 1968.

- VARIOS

Derecho Canónico

Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Madrid, 1976.

- VARIOS

Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo

Título Preliminar del Código a la Ley de 2 de mayo de  
1975.

I

Madrid, 1977.

- Ernesto VELLVE BUENO

Matrimonio civil de acatólicos en España

"Revista de Derecho Privado", Tomo XLI, 1957.

págs. 534-544.

- Francisco de Paula VERA URBANO

La libertad religiosa como derecho de la persona. Es-  
tudio filosófico-jurídico.

Madrid, 1971.

- Henri WAGNON

Concordats et Droit International. Fondement, élabo-  
ration, valeur et cessation du Droit Concordataire.

Gembloux, 1935.